Die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg.

Vorgelegt von
Gustav Hilgenstock
Gerichtsreferendar
aus Dortmund.

Marburg 1931.
Druck: Heinrich Pöppinghaus, o. H.-G., Bochum-Langendreer.

Als Dissertation von der Rechts- und
Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. 7. 1931

Berichterstatter: Geh. Just.-Rat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Schriftenverzeichnis.

Adelmann: Die Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Urkunden im Aufgebotsverfahren. München 1907.

Bacmeister: Das Recht der Wertpapiere im allgemeinen. Berlin 1924.

Baumbach: Kommentar der Zivilprozeßordnung. 3. Aufl. Berlin 1926.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bd. 1. Berlin 1885.

Binding: Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. II, 1, I; Bd. II, 1, II; Bd. II,3, III; Bd. X, 1, I.

Brunner: in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. II. Lpz. 1882.

— Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts. Stuttgart 1894.

— in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. II, 1, I.

— in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. *22* und *23*.

Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl.

Cohnitz: Die internationalen Rechtsbeziehungen hinsichtlich abhanden gekommener Inhaberpapiere. Berlin 1920.

Cosack: System des bürgerlichen Rechts. Bd. II 1900.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 7. Aufl. Jena 1922.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. Tübingen 1902.

Daude: Das Aufgebotsverfahren. 5. Aufl.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. u. 2. Aufl. Bd. II. Halle 1899.

Eckhardt: in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 89, S. 260 ff. Bd. 83, S. 292 ff.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. IV. 1. Abt. 1917.

Elster: in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. VI, 1929.

Endemann: Einführung in das Studium des BGB. Bd. I. 5. Aufl. 1899.

— Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. II. 1882.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, *2. 23.—27.* Aufl. Marburg 1927.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. II. Bearbeitung. Marburg 1930.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1899.

Fey: Kann der gutgläubige zwischenzeitige Inhaber einer im Aufgebotsverfahren für nichtig erklärten Inhaber-Schuldverschreibung gegen den Aufbietenden Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen? Diss. Heidelberg 1911.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. München 1927.

Förster: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. 3. Aufl. Berlin 1926.

Frankenstein: Die Inhaberpapiere im internationalen Privatrecht, im Zentralblatt für Handelsrecht. Jahrg. II. Nr. 12.

Freundt: Die Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Recht. Leipzig 1910.

Gesetzbuch, Das bürgerliche, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Aufl.
Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht. Bd. I. Leipzig 1895.
— Deutsches Privatrecht. Bd. II. Leipzig 1905.
— Deutsches Privatrecht. Bd. III, in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. II, 3, III. Leipzig 1917.
Goldschmidt: in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 28.
— in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 10, S. 352 ff.
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1923.
Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. II. 1. Abt. Berlin 1881.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. I. 1926; Bd. II. 1927; Bd. III. 1928; Bd. V. 1928; Bd. VI. 1929.
Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 4. Aufl. Bd. I. 1923; Bd. VI. 1925.
Hausmeister: Wesen und Wirkung des Ausschlußurteils. Diss. Würzburg 1911.
Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
— Wesen und subjektive Bedeutung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Hellwig-Oertmann: System des deutschen Zivilprozeßrechts. II. Teil. Berlin 1919.
Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. Jena 1901.
— Die Wertpapiere als Legitimationsmittel. München 1906.
— Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. II. Aufl. in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. IV. 1. 1917.
— Grundriß des Rechts der Wertpapiere. II. Aufl. Leipzig 1928.
— in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 85, S. 21 ff.; Bd. 91. S. 231 ff.
Jung: Der Bereicherungsanspruch und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.
— bei Stammler: Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung. Bd. I. Berlin 1931.
Junkermann: Die Wirkungen der Kraftloserklärung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und der Reichszivilprozeßordnung. Diss. Freiburg 1903.
Klausing: Wechsel- und Scheckrecht, einschließlich der Grundbegriffe des allgemeinen Wertpapierrechts. Berlin 1930.
Klein: Die Kraftloserklärung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber nach dem bürgerlichen Gesetzbuch u. der Zivilprozeßordnung d. Deutchen Reichs, unter besonderer Berücksichtigung des Ausschlußurteils. Diss. Heidelberg 1910.
Kohler-Peiser: Aus dem Babylonischen Rechtsleben, Bd. I. Leipzig 1890; Bd. II 1891; Bd. III. 1894; Bd. IV. 1898.
Kuntze: Lehre von den Inhaberpapieren. 1857.
Langen: Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrecht. Berlin 1906.
— in Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 30, S. 7 ff.
Leonhard: Die Beweislast. II. Aufl. Berlin 1926.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. Bd. III. 1928; Bd. IV. 1925.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
— Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem BGB. Berlin 1907.
— Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Rektoratsrede Berlin-Grunewald 1926.
— in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. I, S. 426 ff. Bd. V, S. 375 ff.
— in Juristische Wochenschrift 1929, S. 1462; 1930, S. 234 ff.
Mathieu: In welcher Weise nimmt das bürgerliche Gesetzbuch Stellung zu der Frage nach etwaigen Regreßansprüchen im Falle des gutgläubigen Erwerbs gestohlener und inzwischen für kraftlos erklärter Schuldverschreibungen auf

den Inhaber, und wie sind die dahingehenden gesetzlichen Bestimmungen auszulegen? Diss. Erlangen 1912.
Mayr, v.: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.
Meyer: Die Kraftloserklärung abhanden gekommener Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Diss. Greifswald 1916.
Michaelis: in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. III 1928.
Motive zu dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. Berlin 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II.
Obst: Geld-, Bank- und Börsenwesen. 24. Aufl. Stuttgart 1926.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. 1929.
Pedretti: Zur Lehre von der Amortisation der Inhaberpapiere. Diss. Erlangen. 1895.
Peiser: Keilschriftliche Aktenstücke aus babylonischen Städten, 1889.
— Babylonische Verträge des Berliner Museums, nebst einem juristischen Exkurs von J. Kohler, 1890.
— Texte juristischen und geschäftlichen Inhalts; Bd. IV. der Keilschriftlichen Bibliothek von Schrader, 1896.
— Urkunden aus der Zeit der dritten babylonischen Dynastie. Dazu Rechtsausführungen von Kohler. 1905.
Petersen: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. 5. Aufl.
Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Berlin 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Besprechung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. Berlin 1898.
Reichel: in Festschrift für Adolf Wach. Bd. III. 1913.
Reichhelm: in Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen. VII. Jahrgg. 1904.
Ritter: Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1929.
Rosentreter: in Bankarchiv. Zeitschrift für Bank- u. Börsenwesen. XXVI. Jahrgg. Nr. 12, S. 293.
Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 5. Aufl.
Schwerin, v.: Deutsche Rechtsgeschichte von Heinrich Brunner, neubearbeitet von v. Schwerin in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. II, 1, II.
— Das Recht der Wertpapiere. Berlin 1924.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. II. 10. Aufl. 1908.
Siber: in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 50, S. 55 ff.
Soergel: Das bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. Leipzig 1926.
Stammler: Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung. Bd. I. Berlin 1931.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Aufl. Bd. III 1926; Bd. IV 1927.
Staub-Stranz: Kommentar zur Wechselordnung. 12. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 9. Aufl.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. III, 3. Aufl. Berlin 1898.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl. Berlin 1930.
Titze: Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1926, in: Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. Bd. VIII.

Tuhr, v.: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Leipzig 1910. in: Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. X, 1, I.
Vowinkel: Beiträge zur Lehre von der Amortisation der Wertpapiere. Diss. Erlangen 1897.
Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1930.
Wetzel: System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.
Wieland: in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 83, S. 292 ff.
— in Festgabe der Basler Juristenfakultät für Eugen Huber zum 13. Juli 1919. Basel 1919.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 8. Aufl. 1900.
Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Abt. Sachenrecht, 7. Bearbeitung.
— in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. IV, 1. Abt. Leipzig 1917.
Zeumer: in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. I. S. 89 ff. Weimar 1880.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Archiv für bürgerliches Recht. 30. Bd. Berlin 1907.
Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. XXVI. Jahrgg. Nr. 12.
Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für Bayern. Bd. V.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 46, 48, 49, 53, 59, 63, 66, 67, 72, 73, 88, 92, 108, 109.
Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 22, 23, 28, 83, 85, 89, 91.
Jahrbuch des Deutschen Rechts. 28. Jahrgg. Bericht über das Jahr 1929. Berlin 1930.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 34 u. Bd. 45.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 50.
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen. VII. Jahrgg. 1904.
Juristische Rundschau. 5. Jahrgg. 1929. Bd. II (Höchstrichterliche Rechtsprechung).
Juristische Wochenschrift 1906, 1913, 1920, 1929, 1930.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 38 (herausgegeben von Mugdan und Falkmann).
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. 7. Jahrgg. Leipzig 1914.
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. I, Weimar 1880; Bd. X, 1889; Bd. XXVII, 1906.
Zentralblatt für Handelsrecht. Jahrgg. II. Nr. 12.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. A. Abriß der Entwicklung der Inhaberpapiere, insbesondere der Schuldverschreibungen auf den Inhaber 1

B. Das Wesen der Schuldverschreibungen auf den Inhaber 3

1) Die verschiedenen Ansichten über die Entstehung der Verbindlichkeit aus der Inhaberschuldverschreibung 3

2) Die Rechtsverhältnisse des Inhabers und Ausstellers an einer Inhaberschuldverschreibung . 12

3) Die Inhaberschuldverschreibung als Wertpapier 14

4) Die auf die Inhaberschuldverschreibungen zur Anwendung kommenden gesetzlichen Bestimmungen 15

II. A. Entwicklungsgeschichte des Aufgebotsverfahrens . 17

B. 1) Rechtfertigung des Aufgebotsverfahrens bei Inhaberschuldverschreibungen 19

2) Die Voraussetzungen für die Einleitung des Aufgebotsverfahrens bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber 22

3) Die verschiedenen Ansichten über die Berechtigung zum Aufgebotsantrage 22

4) Das Aufgebotsverfahren 24

III. Die verschiedenen Auffassungen über die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber 27

A. Die vom Verfasser vertretene Auffasung . . . 28

B. Die abzulehnende Auffassung 31

IV. Wie gestalten sich in dem Falle, daß dem E. einige Schuldverschreibungen auf den Inhaber gestohlen worden sind, einer der Diebe sie an den gutgläubigen X., dieser sie an Y. veräußert hat, darnach E.

Seite

ein Ausschlußurteil erwirkt, ohne daß Y. etwas von dem Aufgebotsverfahren erfahren hat, die Rechtsverhältnisse unter den Beteiligten? 44

grundelegung der abzulehnenden Auffassung über tenen Auffassung 44

B. Versuch einer befriedigenden Lösung unter Zugrundelegung der abzulehnenden Auffassung über die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber 45

I. A. Kurzer Abriß der Entwicklung der Inhaberpapiere, insbesondere der Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Das Rechtsinstitut der Inhaberpapiere, die das Versprechen einer Leistung an einen Dritten, den Inhaber der dieses Versprechen verbriefenden Urkunde enthalten, geht auf die in Italien (mit der Klausel ad hominem apud quem hoc scriptum in manu paruerit und der alternativen Inhaberklausel tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit) etwa im 9. Jahrhundert vorkommenden Akte zurück und läßt sich in Deutschland seit dem 13. Jahrhundert feststellen [1]). In den orientalischen Rechten ist der Gebrauch von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die als freie Verkehrspapiere anerkannt waren, aber schon in ältester Zeit nachweisbar. Die Babylonier hatten bereits unter den Urkunden der ersten Dynastie, d. h. etwa um 2000 v. Chr., Schuldverschreibungen mit einer nach der Ansicht von Manigk [2]) als Orderklausel gemeinten, immer wiederkehrenden Abrede: a-na na-as-si Ka-ni-Ki-su, d. i. dem jeweiligen Überbringer der — vom Empfänger der Valuta ausgestellten — Siegelurkunde (Stein- und Tonurkunden) [3]). In Athen gab es ebenfalls inhaberpapierähnliche Urkunden, kleine Holzmarken, die die durch das Los zur Gerichtssitzung berufenen Richter bei ihrem Eintritt in den Gerichtshof bekamen. Die öffentlichen Schatzmeister waren verpflichtet, an jeden Inhaber bzw. Überbringer dieser Holzmarken den festgestellten Richtersold auszuzahlen [4]).

1) Vgl.: Brunner-Heymann, a. a. O., S. 211 ff.; Brunner, in Goldschmidts Ztschr. f. Handelsr., Bd. 22, S. 505 ff.

2) Manigk, Z. Bedeutg. d. assyr.-babylon. Rechtsurkunden, in Savigny-Ztschr., Bd. 27, S. 394.

3) Vgl. ferner bzgl. der assyr.-babyl. Urkunden: Manigk, a. a. O., S. 395, 397: Die abstrakten Schuldscheine ohne causa debendi finden sich sehr häufig und spielen eine ähnliche Rolle wie die „Syggraphai" im griechischen Recht, S. 400, 405; Goldschmidt in Savignyzeitschrift, Bd. 10, S. 352 ff., der dem verbreiteten Vorurteil entgegengetreten ist, daß Inhaberpapiere und Orderpapiere dem klassischen Altertum fremd gewesen seien; Kohler-Peiser, Aus d. babyl. Rechtsl.: I, 13; II, 43; III, 7, 18; IV, 49 ff., 59, 71, 73; vgl. ferner: Peiser, Keilschriftl. Aktenstücke; ders., Babyl. Verträge; ders., Texte; ders., Urkunden.

4) Vgl. Cohnitz, a. a. O., S. 7.

Inhaberpapierähnlich waren in Rom die aus Holz oder Blei gefertigten tesserae und missilia, auf die von jedem Inhaber z. B. bestimmte Mengen Getreides oder eine bestimmte Geldsumme erhoben werden konnte [5]). In die in Deutschland umlaufenden Urkunden auf den Inhaber, die entstanden waren zur Befriedigung eines kaufmännischen Bedürfnisses, als kaufmännisches Hilfsmittel an Orten starken Handelsverkehrs, war eine Klausel aufgenommen, daß die in der Urkunde verbriefte Leistung an eine benannte Person oder den Inhaber erfolgen solle [6]). Später lautete die Klausel auch nur auf den Inhaber. Wer eine solche Urkunde mit Inhaberklausel besaß, war berechtigt, das in ihr verbriefte Recht gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen ohne Rücksicht auf das Verhältnis zu seinem Rechtsvorgänger oder dem Eigentümer der Urkunde. Der Schuldner war nicht berechtigt, von dem Vorzeiger der Urkunde den Nachweis einer Vollmacht oder Rechtsnachfolge zu fordern, oder ihm die Einrede entgegenzusetzen, er habe das Papier unrechtmäßig erworben [7]).

Aus diesen ersten Anfängen heraus haben sich nach und nach, namentlich im Mittelalter in dem ausgedehnten und regen Handelsverkehr Italiens, in mannigfachen Erscheinungsformen die Inhaberpapiere, insbesondere die Inhaberschuldverschreibungen entwickelt [8]). Sie entstanden aus kaufmännischen Bedürfnissen heraus und aus dem stets wachsenden Geldbedarf der Staaten — später auch der Industrie, der staatlichen und kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften —, die unter Heranziehung eines möglichst weiten Geldmarkts Anweisungen herausgaben, in denen ihrem Inhaber ein von seinen Vormännern unabhängiges Recht gegeben, der Inhaber der Verpflichtung des Nachweises seiner Rechte am Papier überhoben wurde, und der Aussteller gegen Vorlegung der Urkunde leisten mußte. Trotz der Gefahren dieser Geldbeschaffungs-

---

5) Vgl. Kuntze, a. a. O., S. 33 ff., 39 ff., 48 ff.; Cohnitz, a. a. O., S. 7 f.; Sohm, a. a. O., S. 287 f.; diese „Inhaberpapiere" standen in Italien allerdings in scharfem Gegensatz zu der strengen Auffassung des altrömischen Obligationenrechts, so daß die Rechtsgelehrten sie als eine Fiktion erklärten.

6) Vgl. Brunner, in Goldschmidts Ztschr. Bd. 23, S. 227 ff.: oder wer diesen brief innehat, oder dem behälter dieses oder dem inhaber dieses briefes; vgl. Kuntze, a. a. O., S. 29 f. für die im Mittelalter gebräuchlichen Klauseln; Schröder, a. a. O., S. 722, 751. — Es gab daneben auch noch Urkunden mit einer beschränkten Inhaberklausel, die aber nicht als Inhaberpapiere im eigentlichen Sinne angesehen werden können.

7) Vgl. Brunner-Heymann, a. a. O., S. 212.

8) Vgl. im einzelnen: Brunner, Forschungen, S. 524 ff, 631 ff., 655 ff.; Freundt, Wertpapiere im antiken u. frühmittelalterlichen Recht; Kuntze, a. a. O., S. 67 ff., 75 ff.

methode — zu nennen ist z. B. der Fehlschlag des Planes von John Law [9]), die verheerenden Wirkungen der Assignatenausgabe während der französischen Revolution [10]) — kamen die Inhaberpapiere immer mehr in Aufnahme. Sie entstanden weiter auch aus dem Bedürfnis des Geldanlage suchenden Publikums, das ein Papier brauchte, das es ohne Schwierigkeiten jederzeit wieder weiter verwerten konnte [11]). Der wirtschaftliche Zweck der Inhaberpapiere besteht in der Hauptsache darin, „dem durch den Wirtschaftsverkehr der Neuzeit geschaffenen Bedürfnis nach Erleichterung des Überganges verbriefter Forderungen und anderer Rechte von einer Hand in die andere (Mobilisierung), namentlich bei Massenemissionen, aber auch auf dem Grundstücksmarkt, zu dienen“ [12]).

Eine gesetzliche Regelung der Einrichtung der Schuldverschreibungen auf den Inhaber erfolgte in Deutschland erst sehr spät, wenn auch bis 1900 fast alle deutschen Staaten eine gesetzliche Regelung erlassen hatten [13]). Mit dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs, das eine einheitliche Regelung der Schuldverschreibungen auf den Inhaber eingeführt hat, sind diese einzelstaatlichen Gesetze aufgehoben worden.

I. B. **Das Wesen der Inhaberschuldverschreibungen.**

Die Schuldverschreibung auf den Inhaber stellt sich nach geltendem Recht als eine Urkunde dar, in der der Aussteller sich verpflichtet, an den Inhaber die in der Urkunde versprochene Leistung zu bewirken. Der Aussteller kann aber auch an denjenigen, der ihm die Urkunde vorlegt [14]), leisten. Hierin prägt sich die Rechtsnatur der Schuldverschreibung auf den Inhaber aus.

I. B. 1.) Die verschiedenen Ansichten über die Entstehung der Verbindlichkeit aus der Inhaberschuldverschreibung.

Über die Entstehung der Verbindlichkeit aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber gehen die Meinungen auseinander. Die Vertragstheorie [15]) sieht als Entstehungsgrund

9) Geldschaffung. durch Anweisungen auf den Boden, Schaffung neuen Kapitals durch Kredit (vgl.: H. d. St. Bd. 6, S. 259 ff.)

10) Anweisungen auf den Wert der eingezogenen geistlichen Pfründen, später auch der kgl. u. Emigrantengüter (vgl.: H. d. St. Bd. 1, S. 1063 ff.)

11) Vgl. Cohnitz, a. a. O., S. 8 ff.

12) Vgl. H. d. R. Bd. III., S. 265.

13) Insbesondere: ALR. I, 15, § 47; Sächs. BGB. §§ 1039 bis 1048; ADHGB. Art. 307.

14) Vgl. unten S. 12 ff.

15) Brunner in Endemanns Handbuch § 194 III; Goldschmidt a. a. O. S. 63 ff.

der Verbindlichkeit des Ausstellers die Emission des Papiers in den Verkehr durch den Aussteller und den Begebungsvertrag zwischen Aussteller und erstem Nehmer an, wobei nach der einen Ansicht [16]) dieser Vertrag nur zu Gunsten des ersten Nehmers geschlossen wird, alle folgenden Erwerber des Papiers also Nachfolger des ersten Nehmers sind, nach der anderen Ansicht [17]) der Vertrag zwischen Aussteller und erstem Erwerber zu Gunsten aller späteren Erwerber geschlossen wird, diese also mit dem Eigentum an dem Papier ein selbständiges Gläubigerrecht erwerben. Die Emissionstheorie [18]) sieht als Entstehungsgrund der Verbindlichkeit des Ausstellers den einseitigen Akt der Begebung des Papiers in den Verkehr mit Willen des Ausstellers an, so daß z. B. auch dann ein Forderungsrecht aus der Inhaberschuldverschreibung entstehen würde, wenn der Aussteller sie an einen Geschäftsunfähigen ausgeben würde.

Bis in die neueste Zeit hinein vertrat und vertritt auch noch die Mehrzahl der Schriftsteller [19]) die Kreationstheorie, Ausfertigungstheorie, wonach die Verpflichtung des Ausstellers zur Leistung allein durch den einseitigen Akt der Ausstellung, ein nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft [20]) entstehe [21]).

Bereits durch die Ausfertigung, durch die Unterschrift unter die Urkunde werde der Aussteller gebunden. Die Ausfertigung der Urkunde sei alles, was er zur Entstehung der Forderung zu tun habe.

Die Vertreter der Kreationstheorie berufen sich zum Beweise der Richtigkeit ihrer Ansicht insbesondere auf § 794 BGB., aus dem sich ergebe, daß das bürgerliche Gesetzbuch auf dem Boden der Kreationstheorie stehe und auf § 1825 i. V. m. § 1822 Nr. 9 BGB., worin die Ausstellung geradezu als Rechtsgeschäft bezeichnet werde [22]). Weiter werden von ihnen

16) Vgl. Brunner in Endemanns Handbuch § 199 V; § 194 II.

17) Vgl. Goldschmidt a. a. O., S. 111.

18) Vgl. Stobbe-Lehmann a. a. O. § 219 IV; § 255, 2.

19) Vgl. statt anderer: Langen, Kreationstheorie, S. 1 ff.; Ders. in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 30, S. 7 ff.; siehe auch d. ausführl. Begründung bei Örtmann, Vorbem. 5c vor § 793; ferner Enneccerus noch in d. 23.—27. Aufl. sein. Lehrbuchs I, 2, § 428; vgl. a. a.: a. a. O., § 429, I, 1: Der erste Erwerber bekomme weder das Eigentum noch eine Forderung, falls die Übereignung an ihn wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig sei.

20) Dagegen aber mit Recht: Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 324 ff., S. 640 f.; Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 282 ff.

21) In einer in der JW. 1913, S. 200 f., Nr. 12, abgedruckten Entscheidung läßt das RG. die Frage, ob man der Kreationstheorie oder der Emissionstheorie folgen solle, offen. Es läßt in dieser Entscheidung die Aushändigung zwecks Verpfändung genügen.

22) Vgl. z. B. Enneccerus, Lehrb. I, 2, 23.—27. Aufl., § 428, II und Anm. 1, a. a. O.

die Motive zum BGB. [23]) herangezogen, in denen es heißt: „Die Vorschriften des Entwurfs über das aus der Ausstellung einer Inhaberschuldverschreibung zwischen dem Aussteller und dem Inhaber entstehende Schuldverhältnis beruhen auf der Annahme der verpflichtenden Kraft des von dem Aussteller in der Urkunde niedergelegten und verbrieften einseitigen Versprechens. Die Auffassung, welche entgegen der Vertragstheorie die rechtliche Verpflichtung des Ausstellers zu der in der Schuldverschreibung bezeichneten Leistung in der verbindlichen Kraft des in der Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens des Ausstellers findet, hat in der Doktrin wie in der Praxis der Gerichte stetig fortschreitende Anerkennung gefunden. . . . . Die Haftung (Mot. II, S. 697) des Ausstellers einer Inhaberschuldverschreibung ist von der Ausgabe, d. h. davon, daß er das Papier in Umlauf setzt, unabhängig; seine Haftung tritt vielmehr auch dann ein, wenn die vollzogene Schuldverschreibung dem Aussteller gestohlen, von ihm verloren oder in anderer Weise ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist", also ein anderer als der Aussteller rechtmäßig Eigentum an ihr erworben hat oder sonst verfügungsberechtigt über sie geworden ist. Diese Einschränkung machen auch die Vertreter der Kreationstheorie. Nach ihnen liegt zwar der Grund zur Entstehung der Forderung in dem einseitigen Akt der Ausfertigung (Schaffung) des Papieres durch den Aussteller, also in einem einseitigen, der Annahme nicht bedürftigen Schuldversprechen [24]). Schon durch die Ausfertigung, insbesondere die Unterschrift des Papieres, werde der Aussteller gebunden. Ein weiterer Akt von seiner Seite sei zur Entstehung der Forderung nicht erforderlich. Allerdings wirke diese Gebundenheit des Schuldners nur zu Gunsten dessen, der (gleichviel auf welche Weise) das Eigentum (oder ein anderes Verfügungsrecht) an dem Papier erwerbe. Ein Forderungsrecht sei daher erst entstanden, wenn ein anderer als der Aussteller das Eigentum an dem Papier oder ein anderes Verfügungsrecht daran erworben habe [25]).

Jacobi [26]) bekämpfte die Kreationstheorie und entwickelt auf der Grundlage der Vertragstheorie die Rechts-

23) II., S. 695 ff.

24) Siehe dagegen aber Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft, S. 324 ff.; Jacobi, in Ehrenbergs Hdb., S. 282 ff.

25) So z. B. Enneccerus I, 2, 23.—27. Aufl. § 428, I, 3; Warneyer, Komm. Anm. III zu § 793.

26) Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 282 ff.; S. 285 ff.; Legitimationsmittel, S. 24; Grundriß, S. 54; ebenso: Manigk, Willenserkl. u. Willensgesch., S. 324 ff.; S. 640 ff.

scheintheorie [27]), die in neuester Zeit an Anhängern gewinnt. Ihr ist m. E. vor den anderen Theorien der Vorzug zu geben, da sie am ehesten die Entstehung des Forderungsrechts aus der Inhaber-Schuldverschreibung zu erklären vermag. Jacobi sagt, im allgemeinen entstehe zwar das Forderungsrecht aus einer Inhaber-Schuldverschreibung durch einen Vertrag zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer. Es könne aber auch dadurch entstehen, daß ein Gutgläubiger Eigentum an einer Inhaber-Schuldverschreibung erwerbe, wenn sie z. B. dem Aussteller gestohlen sei, und der Dieb sie an einen Gutgläubigen veräußere. Denn das Papier, das er von dem Dieb erwerbe, habe den Schein für sich, daß es von dem Aussteller ausgegeben sei.

Gegen Jacobi wendet sich Eckhardt [28]), der eine gemäßigte Kreationstheorie verteidigt. Der Rechtsscheingedanke sei als solcher richtig und fruchtbringend. Aber die „allgemeinere Bedeutung des Rechtsscheingedankens", nach der der Rechtsschein nicht nur für die Rechtsübertragung, sondern auch für die Rechtsentstehung maßgeblich sein solle, gebe zu mancherlei Bedenken Anlaß. Nach der Rechtsscheintheorie vermöge der gutgläubige Erwerb nicht nur die mangelnde Verfügungsbefugnis des Veräußerers zu heilen und so ein bereits bestehendes Recht auf den Erwerber zu übertragen, sondern sogar ein bisher überhaupt noch nicht vorhandenes Recht originär zur Entstehung zu bringen. Der Erwerb vom Scheinberechtigten würde darnach schuldschöpferische Wirkung haben. Eckhardt verteidigt die gemäßigte Kreationstheorie insbesondere mit dem Hinweis auf die §§ 1187, 1188 BGB., wonach der Eigentümer durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt eine Sicherheitshypothek für eine noch in seiner Hand befindliche Schuldverschreibung auf den Inhaber beantragen und eintragen lassen könne, und mit dem Hinweis

27) Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 285 ff.; s. a.: H. d. R. Bd. III, S. 266: Infolge der Zulassung d. Einwandes des mangelnden guten Glaubens des Inhabers sei die Kreationstheorie in ihrer praktischen Ausgestaltung durch d. BGB. zur Rechtsscheintheorie herabgemildert; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 652 ff., der von einer Vertrags- und Rechtsscheintheorie, modifizierten Vertragstheorie spricht; Klausing, a. a. O., S. 18 f. will in der Regel der Vertragstheorie folgen u. d. Rechtsscheintheorie nur als Hilfskonstruktion für die Ausnahmen, daß an Wertpapieren Eigentum, Pfandrecht usw. am Papier und damit Rechte und Verpflichtungen aus dem Papier auch vom Scheinberechtigten erworben werden können, verwenden; vgl. a. seine Ausführungen bezgl. d. Haftung a. d. Wechselakzept (a. a. O., S. 37). Man müsse auch hier d. Rechtsscheingedanken folgen. — Geg. Jacobis Rechtsscheintheorie vor allem Planck, a. a. O., Bd. II, S. 1556.

28) Eckhardt, a. a. O., Bd. 89, S. 260 ff.; siehe auch: Bacmeister, a. a. O., S. 13 ff.

auf die Rechtsbeziehungen des Wechselausstellers an einem von ihm noch nicht ausgegebenen oder wieder zurückerworbenen Wechsel [29]). — Bereits die Ausstellung lasse das Papier, eine unkörperliche Sache, einen Vermögenswert in sich aufnehmen, verkörpere das Forderungsrecht. Die Ausstellung wirke bereits schuldschöpferisch. Die Schuld stehe dem Aussteller selbst zu (Konfusion), solange das Wertpapier nicht von einer anderen Person rechtmäßig erworben sei. Die Ausstellung sei eine nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung [30]).

Eckhardt wird m. E. aber widerlegt durch die Ausführungen von Jacobi [31]). Es sei unbestritten, daß Forderungen aus Inhaber-Schuldverschreibungen auch ohne Vertrag entstehen könnten. Er bestreite aber, daß diese Verpflichtung durch eine einseitige Willenserklärung herbeigeführt werde. Die Kreationstheorie könne nicht durch den Nachweis gestützt werden, daß der Aussteller eine Forderung gegen sich selbst in der Hand habe, wie dies Eckhardt unter Hinweis auf die §§ 1187, 1188 BGB. beweisen wolle. Diese Beweisführung sei für die zu entscheidende Frage über die Kreationstheorie unerheblich, auch die Annahme, daß der Wechselaussteller, der einen Wechsel noch nicht begeben oder wieder zurückerworben habe, sein eigener Gläubiger sei. Der Beweis der Forderungen des Schuldners gegen sich selbst sei außerdem mißlungen. Er stütze sich auf die Hypothek an eigener Sache. Diese Parallele sei verfehlt, da bei der Eigentümer-Hypothek der Hypothekar ein Recht an einem von ihm selbst unterschiedenen Gegenstand habe, während die Forderung gegen sich selbst unbegreiflich sei. Bei seinem Vergleich, daß die Ausstellung einer Inhaber-Schuldverschreibung eine einseitige Willenserklärung sei, die kein Rechtsgeschäft sei, ebenso wie die Zuschlagung einer Pertinenz zur Hauptsache, habe Eckhardt insofern Recht, als sowohl bei der Pertinenzierung wie bei der Ausstellung einer Inhaber-Schuldverschreibung der Täter eine Handlung mit Rechtswirkung vornähme, ohne daß seine Absicht auf Herbeiführung des Rechtserfolges — Wirkung der Zubehöreigenschaft oder Haftung infolge der Ausstellung — gerichtet sein müßte. Beides sei für die Willenserklärung wie für das Rechtsgeschäft nötig. Eckhardt sei im Irrtum, wenn er die Pertinenzierung als Willenserklärung, aber nicht als Rechtsgeschäft ansehe. Sie sei weder das eine noch das andere. Das

29) Eckhardt, a. a. O., Bd. 89, S. 269 ff.
30) Vgl. a. d. Ausführungen von Eckhardt, a. a. O., Bd. 89, S. 277, 289 bezügl. d. Pertinenzverhältnisses.
31) Jacobi, in Goldschmidts Ztschr., Bd. 91, S. 233 ff.

gleiche gelte für die Ausstellung einer Inhaber-Schuldverschreibung. In Wahrheit beruhe die Haftung des Ausstellers einer Inhaber-Schuldverschreibung regelmäßig auf dem infolge der Ausstellung geschlossenen Vertrage. Wenn sie aber ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelange, so hafte der Aussteller, weil das von ihm ausgestellte Papier in der Hand eines anderen zu Gunsten des Dritterwerbers den Schein erwecke, daß das Papier von ihm vertragsmäßig ausgegeben sei, und er, der Aussteller, durch die Ausstellung diesen Schein verursacht habe. Das sei der wirtschaftliche, wahre Grund der Haftung. Die Auffassung, daß jemand, der eine Inhaber-Schuldverschreibung ausstelle und sorgfältig verschließe, damit er nicht gegen seinen Willen hafte, damit bezwecke, daß er durch die Ausstellung hafte (was für eine Willenserklärung nötig sei), sei nicht nur künstlich, sondern tatsächlich falsch [32]). Die Kreationstheorie sei einfach, aber so einfach, daß sie für die Tatsache, die sie erklären solle, nicht mehr ausreiche.

Klausing [33]) lehnt ebenfalls die Kreationstheorie ab. Er will aber auch nicht unbedingt der Rechtsscheintheorie folgen, deren Grundgedanken er zwar als richtig anerkennt. Klausing sagt, die Rechtsscheintheorie habe eine Schwäche, die darin liege, daß sie sich an Ausnahmetatbeständen orientiere. Es empfehle sich deshalb, für die Erklärung des **Regelfalles der Vertragstheorie** zu folgen und die Rechtsscheintheorie lediglich als **Hilfskonstruktion** für die Ausnahmen zu verwenden, daß bei den Wertpapieren Eigentum, Pfandrecht usw. am Papier und damit Rechte und Verpflichtungen aus dem Papier auch vom Scheinberechtigten erworben werden könnten [34]). Ein großer Unterschied von der Rechtsscheintheorie liegt m. E. in der Ansicht Klausings nicht. Im Ergebnis stimmt sie jedenfalls mit der Rechtsscheintheorie überein, nach der das Forderungsrecht aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber **in der Regel** auch durch einen Vertrag zwischen Aussteller und erstem Nehmer entsteht, **ausnahmsweise** dadurch, daß ein Gutgläubiger Eigentum z. B. an einer abhanden gekommenen Inhaber-Schuldverschreibung erwirbt, da das Papier den Schein für sich hat, daß es vom Aussteller ausgegeben ist.

Die Kreationstheorie in dem herrschenden Sinne ist abzulehnen. Es soll nach ihr die Verpflichtung des Ausstellers

32) Vgl. dazu: Eckhardt, a. a. O., Bd. 89, S. 289.
33) Klausing, a. a. O., S. 18 f.
34) Vgl. a.: Klausing, a. a. O., S. 37. Die Ausführungen bezüglich der Haftung aus dem Wechselakzept. Man müsse auch hier dem Rechtsscheingedanken folgen.

durch den einseitigen Akt der Ausfertigung der Schuldverschreibung entstehen, mit der Einschränkung, daß ein **Forderungsrecht (!) erst dann** entstehe, wenn ein anderer als der Aussteller Eigentum an ihr oder sonst Verfügungsmacht über sie erwirbt. Die Verbindlichkeit entsteht danach erst mit dem rechtmäßigen Erwerb der Schuldverschreibung durch einen Dritten, nicht schon mit der Ausstellung[35]). Die Kreationstheorie, nach der bereits durch den einseitigen Akt der Ausstellung das **Schuldverhältnis** entstehen soll, ist also unbrauchbar[36]). Zur Wirksamkeit[37]) der in der Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber durch den Aussteller abgegebenen, sich auf Schaffung des Schuldverhältnisses richtenden Willenserklärung genügt vielmehr nicht die bloße Niederschrift dieser Erklärung in der Urkunde[38]), ist vielmehr noch notwendig, daß sie einem anderen, dem Erwerber der Schuldverschreibung, zugeht, dieser sie annimmt (regelmäßig also ein Vertrag zustande kommt) und damit das in ihr verbriefte Forderungsrecht erwirbt[39]). Auch wenn das Inhaberpapier gestohlen ist, ist der Aussteller nicht zur Zahlung an den Dieb v e r p f l i c h t e t. Es muß, um eine Verpflichtung des Ausstellers zur Zahlung an den Inhaber herbeizuführen, erst der dingliche Erwerb der Urkunde eintreten. Ein Schuldverhältnis, das Recht des Gläubigers, von dem Schuldner (Aussteller) eine Leistung zu fordern (§ 241 BGB.), entsteht durchaus nicht dadurch, daß dem Aussteller eine Schuldverschreibung auf den Inhaber gestohlen worden ist. Denn das Wesen des Schuldverhältnisses ist gemäß § 241 dahin zu bestimmen, daß der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern[40]), gemäß dem Begriff der römischen obligatio: obligatio est iuris vinculum,

---

35) Allerdings liegt der Grund für die Entstehung der Forderung m i t in dem Ausfertigungsakt. Vgl. a. Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 656.

36) So auch: Eckhardt a. a. O., Bd. 89, S. 263.

37) Siehe: Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 324 ff., S. 640, Anm. 728; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 656.

38) Vgl. a.: Jacobi, Grundriß, S. 56: Die bloße Ausstellung einer Inhaberschuldverschreibung sei keine Erklärung, daß der Aussteller durch die Tatsache der bloßen Ausstellung einem Dritten verpflichtet sein wolle. Dies werde besonders dann deutlich, wenn er das Papier in einen diebessicheren Schrank lege.

39) So sagen ja auch die Vertreter der Kreationstheorie (vgl. z. B. Enneccerus Lehrbuch 23.—27. Aufl., Bd. I, 2, § 429 I; Staudinger Anm. II c zu § 793) in Einschränkung ihrer Theorie, daß das Forderungsrecht, also das Schuldverhältnis, erst entstehe, wenn ein anderer als der Aussteller verfügungsberechtigt über das Papier werde. — Der ganze Theorienstreit beruht auf unklarer Fragestellung.

40) Manigk, in H. d. R., Bd. 6, S. 375.

quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura / pr. I. de obl. 3, 13 / [41]). „Schuldverhältnisse sind mit der entsprechenden Schuldnerpflicht verknüpfte Forderungsrechte“ [42]). Eine „Schuldnerpflicht“ hat der Aussteller durchaus nicht gegenüber demjenigen, der ihm die Schuldverschreibung gestohlen hat, und der Dieb hat kein mit der „Schuldnerpflicht verknüpftes Forderungsrecht“ [43]) gegen den Aussteller der gestohlenen Schuldverschreibung. Das aber soll doch der Sinn der Kreationstheorie sein, nach der die „Verbindlichkeit des Ausstellers durch Ausfertigung des Papiers“ entstehe. Man darf sich durch die in § 794 BGB. getroffene Bestimmung, daß der Aussteller auch dann verpflichtet werde, wenn die Inhaberschuldverschreibung ihm gestohlen, verloren gegangen, ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt, oder wenn sie ausgegeben worden sei, nachdem er gestorben oder geschäftsunfähig geworden sei, nicht zu der Annahme verleiten lassen, daß mit dieser Bestimmung die Entstehung des Schuldverhältnisses normiert sei. Der § 794 bestimmt vielmehr allein, daß Diebstahl die Entstehung des Schuldverhältnisses *nicht hindere*, sagt aber über die Entstehung des *Forderungsrechts* aus dem Papier gar nichts.

Um zu der richtigen Erfassung der Entstehung des Schuldverhältnisses aus einem Inhaberpapier zu gelangen, muß man ferner die *auf Grund Gesetzes* eintretende Wirksamkeit der Inhaberschuldverschreibung, die, wie gesagt, davon abhängt, daß ein Dritter rechtmäßig Eigentum an ihr erwirbt, von der *rechtsgeschäftlichen*, dem Rechtsfolgewillen des Ausstellers entsprechenden Wirksamkeit seiner in der Schuldverschreibung enthaltenen Erklärung trennen [44]).

41) Vgl. a.: L. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

42) Manigk, in H. d. R., Bd. 6, S. 375; vgl. a.: RGRK., Vorb. 2 vor § 241: Sofern der Anspruch den Inhalt hat, daß die eine Person von der anderen eine Leistung *fordern darf*, daß mithin eine Leistung *geschuldet* wird, liegt ein Schuldverhältnis vor; vgl. ferner: Titze a. a. O. s. 1 ff.; v. Tuhr a. a. O. § 4; Siber a. a. O., S. 55 ff.; Staudinger Vorb. I vor § 241.

43) Vgl. dazu den Art. Forderungsrecht in H. d. R., Bd. 2, S. 463 ff.; Enneccerus-Lehmann a. a. O., § 1, S. 1: Forderungsrecht ist das Recht einer Person, des Gläubigers, gegen eine andere bestimmte Person, den Schuldner, auf Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses des Gläubigers.

44) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 325/326: Die in § 794 BGB. statuierte Verpflichtung sei eine lediglich ex lege, unabhängig vom Willen des Ausstellers eintretende Rechtswirkung des in den Verkehr gelangten Papiers. „Kreation“ könne daher nicht als ein dem Vertrag gegenüberstehender einseitiger Rechtsgeschäftsakt in Betracht kommen.

Die Wirksamkeit der letzteren tritt dem wirklichen Willen des Ausstellers gemäß erst dann ein, wenn die Urkunde begeben, also einem anderen zugegangen ist [45]). Man muß sich bei der Betrachtung des § 794 BGB. vor Augen halten, daß seine Bestimmungen getroffen sind aus den rechtspolitischen Gründen des Vertrauensschutzes, aus Gründen der Sicherung und Erhaltung der Verkehrsfähigkeit der Inhaberschuldverschreibung [46]). Würde man jene Bestimmung nicht getroffen haben, so würde man dadurch die Verkehrsfähigkeit und Verwertbarkeit der Inhaberschuldverschreibung gehemmt, wenn nicht zerstört haben. Denn jeder Erwerber einer Schuldverschreibung hätte andernfalls immer erst Erkundigungen einzuziehen, ob das Papier, das er zu erwerben beabsichtigte, auch mit dem Willen des Ausstellers in den Verkehr gebracht sei. Nicht aber darf man sich durch die in § 794 BGB. getroffene Bestimmung zu der Annahme der Kreationstheorie in dem Sinne verleiten lassen, daß der einseitige rechtsgeschäftliche Akt des Ausstellers der Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses sei [46a])

Die Inhaber-Schuldverschreibung — einen allgemeinen Begriff der Schuldverschreibung kennt das BGB. nicht — ist im Rechtsleben ein Gebilde doppelter Art. Einmal erscheint sie als Sache mit rein körperlichen Eigenschaften, dann ist sie Trägerin des in ihr verbrieften Rechts [47]). Die Schuldverschreibung auf den Inhaber verbrieft eine Forderung, die bestimmt ist zur Übertragung im Verkehr und verkehrsfähig gemacht ist durch die Verkörperung in einer Urkunde [48]). Sie ist eine Urkunde, in der der Aussteller derselben ihrem — rechtmäßigen — Inhaber eine Leistung verspricht, deren Gegenstand mannigfacher Art sein kann. Daß durch diese Regelung die oben untersuchte Frage der Entstehung des Schuldverhält-

45) Das übersieht die verbreitete Lehre, die das Inhaberpapier-Rechtsgeschäft zu den nicht-empfangsbedürftigen Willenserklärungen zählt. Dagegen Manigk, „Willenserklärung und Willensgeschäft", S. 324 ff.

46) Manigk, a. a. O.

46 a) Vgl.: O. v. Gierke, a. a. O., Bd. 2, S. 116: Gierke sieht in d. Ausstellung d. Papieres nur d. objektive Unterlage für ein zu begründendes Rechtsverhältnis. Er ist der Ansicht, daß durch Gesetz dem Aussteller auch dann, wenn die Inh.-Schuldverschreibung ohne seinen Willen i. d. Verkehr gelangt sei, eine Haftung auferlegt werden könne, „ohne daß ihm der Abschluß eines Rechtsgeschäftes angedichtet zu werd. brauchte". Siehe auch das. Anm. 30: Aus der gesetzl. Anführung einer solch. Haftung folge keineswegs d. gesetzl. Sanktionierung d. Kreationstheorie.

47) Vgl.: RG. Bd. 108, S. 117.

48) Diese Verkörperung d. Forderung i. d. Urkunde darf aber nicht zu streng aufgefaßt werden. Siehe unten S. 35 ff.

nisses aus dem Papier nicht berührt wird, braucht nicht weiter dargelegt zu werden.

I. C. 2) Die Rechtsverhältnisse des Inhabers und Ausstellers an der Inhaber-Schuldverschreibung.

Gläubiger aus der Inhaberschuldverschreibung ist derjenige, der zur Verfügung über sie berechtigt ist[49]), regelmäßig also der Eigentümer[50]). Demgegenüber wollte der Entwurf I zum BGB. die bloße Inhaberschaft genügen lassen, so daß z. B. der Dieb einer Inhaberschuldverschreibung Gläubiger gewesen wäre. Dies wurde aber bei den späteren Beratungen als mit den Anschauungen des Verkehrs nicht vereinbar geändert[51]). Jedoch hat auch der bloße Inhaber der Urkunde den Schein für sich, entweder der Eigentümer der Urkunde, oder doch wenigstens in irgendeiner Weise — als Bote oder Vertreter des rechtmäßigen Inhabers z. B. [52]) — über sie verfügungsberechtigt zu sein, so daß der Aussteller mit befreiender Wirkung an ihn leisten kann[53]). Der Aussteller wird durch Leistung auch — und zwar kraft zwingender Gesetzesvorschrift und nicht auf Grund rechtsgeschäftlichen Erfolgswillens des Ausstellers — an einen nichtberechtigten Inhaber frei[54]), da „die sachenrechtliche Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. dem Besitzer eines Inhaberpapieres und sogar in erhöhtem Maße zugute kommt“[55]). Der Aussteller wird sogar dann frei — ausgenommen natürlich, es liegt ein Fall unerlaubten Zusammenwirkens mit dem nichtberechtigten Inhaber des Papieres vor, so daß der Aussteller, falls er leistete, gegen § 826 BGB. verstoßen würde[56]) —, wenn er die Nichtberechtigung des Inhabers kennt[57]). Eine Haftung des Ausstellers gegenüber dem Eigentümer des Papieres tritt nicht ein, wenn er es von einem Unberechtigten in Kenntnis der Nichtberechtigung ein-

49) § 793 BGB.; Jacobi in Ehrenbergs Handbuch, S. 138.
50) Vgl. RGZ., Bd. 63, S. 405.
51) Vgl.: Enneccerus Lehrbuch I, 2, 23.—27. Aufl., S. 604; Staudinger II, S. 1608 Anm. 5.
52) Vgl.: Jacobi Grundriß, S. 22 ff.
53) Dies ist die Wirkung des Rechtsscheins des Inhabers zu Gunsten des Ausstellers.
54) Der Berechtigte hat nur Ansprüche gegen den Nichtberechtigten.
55) Siehe JW. 1913, S. 30, Nr. 18.
56) Vgl. zur Anwendung d. § 826 insbesondere Manigk, in JW. 1929, S. 1462, Nr. 7; Örtmann, Bem. 2c zu § 826; Staudinger, Bem. 3c zu § 826.
57) Vgl. Prot. II, S. 536: Der Schuldner handele nicht dolos, wenn er wissentlich an den Nichtberechtigten Inhaber leiste, er übe damit nur sein Recht aus, seine Sache sei es nicht, die Interessen des Eigentümers wahrzunehmen.

löste [58]). In § 797 BGB. wird darüber hinaus dem Aussteller noch das Eigentum an der Urkunde zugesprochen, auch wenn er die Leistung an einen Nichtberechtigten bewirkt hatte. Diese Bestimmungen stellen sich als ein Entgegenkommen gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs und des Publikums dar [59]). Nicht etwa wird dadurch dem nicht verfügungsberechtigten Inhaber ein Recht auf die Leistung gegenüber dem Verpflichteten eingeräumt. Dies würde mit Recht und Billigkeit nicht in Einklang stehen und über den mit der Einrichtung der Schuldverschreibung auf den Inhaber verfolgten Zweck hinausgehen.

Verpflichtet, das in der Inhaber-Schuldverschreibung abgegebene Leistungsversprechen zu erfüllen, ist der Aussteller. Er kann dem nichtberechtigten Inhaber die Leistung verweigern, wenn er ihm nachweist, daß er zur Verfügung über die Schuldverschreibung nicht berechtigt ist. Der Vorzeiger der Urkunde braucht im Prozeß nur die tatsächliche Innehabung darzutun, der Auststeller muß ihm sein Nichtrecht beweisen [60]). Denn die Inhaberschaft des Papieres gilt prima facie als genügende Rechtfertigung für das angebliche Recht am Papier [61]). Eine Pflicht, die Berechtigung des Inhabers zu prüfen, hat der Aussteller nicht. Würde man dem Aussteller eine solche Prüfungspflicht auferlegen, so würde man der auf umgehemmten Umlauf berechneten Inhaberschuldverschreibung ihren eigentlichen Wert, die schnelle Verkehrsfähigkeit, rauben und Aussteller und Inhaber vielen Umständlichkeiten aussetzen [62]).

---

58) So die h. A.,; vgl. dagegen aber: Örtmann — wie er auch: Staub-Koenige u. RGR. Komm. — Bem. 4 u. 5 zu § 793; Man könne der Ansicht, daß der Aussteller auch durch Leistung an einen Nichtberechtigten frei werde, wenn er die Nichtberechtigung kenne, nicht folgen. Siehe dagegen aber: H. d. R., Bd. III, S. 268 mit einleuchtender Begründung: Es genüge nicht, daß der Aussteller wisse oder zu wissen glaube, daß der Inhaber nicht verfügungsberechtigt sei, er müsse, um mit Sicherheit die Leistung an den Inhaber verweigern zu können, auch in der Lage sein, den Beweis für die Nichtberechtigung zu führen, u. das Risiko einer solchen Beweisführung zu übernehmen, könne ihm nicht zugemutet werden, ohne daß der Verkehr mit Inhaberpapieren dadurch in Widerspruch zur Absicht des Gesetzes erschwert werde. Siehe a.: Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch, S. 143 ff.

59) Vgl. Prot. H, S. 529 ff.

60) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 376.

61) Vgl. Örtmann, Vorbem. 6 zu § 793 BGB.

62) Mit Recht schreibt allerdings Cohnitz, a. a. O., S. 12 f.: Das deutsche Recht habe sein Hauptgewicht darauf gelegt, dem Verkehrscharakter der Inhaber-Schuldverschreibung möglichst Rechnung zu tragen, u. habe deshalb d. Interesse d. Eigentümers dem Interesse an dem möglichst ungehinderten Verkehr mit Inhaberpapieren hintangesetzt. Anders das französische Recht, das den Eigentümer eines abhanden gekommenen Inhaberpapieres weitgehend schützt (vgl. Cohnitz, a. a. O., S. 15 f.).

Die Einwendungen des Ausstellers sind entsprechend §§ 784 BGB., 364 HGB., Art. 82 WO. beschränkt. Der Besitzer des Papieres ist unabhängig von dem ersten und allen früheren Inhabern und ist allein nach dem Inhalt des Papieres berechtigt. Einwendungen gegen den Inhaber kann der Aussteller nur aus der Ungültigkeit der Ausstellung oder aus der Urkunde selbst herleiten [63]). Außerdem kann er solche Einwendungen geltend machen, die ihm unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Nicht sind zugelassen Einwendungen aus der Person des Vormannes, da der Aussteller ein dem Verkehr gewidmetes Papier hergestellt hat [64]). Der Aussteller hat aber dann Einwendungen aus der Person des Vormannes gegen den Inhaber des Papieres, wenn dieser und sein Vormann bewußt und gewollt zusammengewirkt haben, um dem Aussteller seine Einwendungen abzuschneiden [65]).

I. C. 3) **Die Inhaber-Schuldverschreibung als Wertpapier.**

Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber gehören als Inhaberpapiere zur Kategorie der Wertpapiere, Urkunden, bei denen der Bestand oder mindestens die Geltendmachung des in ihnen verbrieften Rechts — in der Regel — an den Besitz der Urkunde geknüpft ist. Der Besitz des Wertpapieres ist zur Ausübung des in ihm verbrieften Rechts notwendig, da ohne die Vorlegung des Papieres der Schuldner auch an den wirklichen Gläubiger nicht zu zahlen braucht und es auch in seinem Interesse nicht darf. Jacobi sieht das Wesen der Wertpapiere darin, daß sie ihren Besitzer in irgendeiner Weise als Berechtigten oder Nochberechtigten legitimieren, entsprechend den allgemeinen deutschrechtlichen Grundsätzen [66]), so daß der

63) Siehe Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft, S. 325 ff.: Der Aussteller kann dem Inhaber alle Einreden aus rechtsgeschäftlichen Mängeln der Ausstellung entgegensetzen.

64) Vgl.: Jacobi, Grundriß, S. 49; Ders. in Ehrenb. Hdb., S. 258: „Veranlassungs- u. Rechtsscheinprinzip".

65) Siehe: Michaelis in H. d. R., Bd. III, S. 269.

66) Gemäß seiner weitergehenden Auffassung des Wertpapierbegriffs (siehe Legitimationsmittel, S. 47; Ehrenb. Hdb., S. 235, 236, 237, 239, 436): Nach Jacobi decken sich die Wertpapiere mit den Legitimationspapieren in dem Sinne, daß der Schuldner erst dann sich mit dem Gläubiger einzulassen u. an ihn zu leisten braucht, wenn er sich aus dem Papier legitimiert. Die h. L. sieht dagegen das entscheidende Merkmal des Wertpapieres darin, daß das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt. Gegen die weitergehende Auffassung Jacobis besonders: Wieland in der Festgabe f. Huber, S. 1 ff., auch in Goldschmidts Ztschr., Bd. 83, S. 295. M. E. verschiebt sich bei der Auffassung Jacobis zu sehr der Unterschied zwisch. ein. Wertpapier und ein. bloßen Legitimationspapier. Vgl. a.: Jacobi, in Goldschm. Ztschr., Bd. 85, S. 21 ff., S. 40 ff.

Aussteller durch Leistung an den sich durch Vorlage des Papieres Ausweisenden frei wird [67]). Der Zweck der Wertpapiere besteht darin, ein unsichtbares Recht sichtbar zu machen, eine Verkehrs- und Ausweiserleichterung zu schaffen [68]). Wird der Besitz des Papieres dem Berechtigten entzogen, so hat er nicht mehr die Möglichkeit, sein Recht auszuüben. Es werden daher die Wertpapiere im Verkehr als bewegliche Sachen behandelt.

I. C. 4) **Die auf die Inhaber-Schuldverschreibungen zur Anwendung kommenden gesetzlichen Bestimmungen.**

Der Eigentumserwerb am Papier und damit der Forderungserwerb [69]) vollzieht sich nach sachenrechtlichen Grundsätzen, die — mit Einschränkungen [70]) — auf Wertpapiere zur Anwendung kommen. Wir finden die aus dem Sachenrecht hauptsächlich anzuwendenden Bestimmungen in den §§ 929 ff., 1006, 1007 BGB. und 366, 367 HGB. [71]), während die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Aussteller und Inhaber bei Inhaber-Schuldverschreibungen die §§ 793 ff. BGB. regeln. Die sachenrechtlichen Bestimmungen kommen deshalb zur Anwendung, weil — wie schon oben gesagt — das Wertpapier im Rechtsleben ein Gebilde doppelter Art ist, eine Sache mit rein körperlichen Eigenschaften und der Träger des in ihm verbrieften Rechts.

Insbesondere ist, da die sachenrechtlichen Bestimmungen auf Inhaberpapiere zur Anwendung kommen, ein gutgläubiger Eigentumserwerb [72]) — durch Übergabe des Papieres und Einigung über den Eigentumsübergang — auch an gestohlenen, verloren gegangenen oder auf andere Weise dem Eigentümer abhanden gekommenen Schuldverschreibungen auf den Inhaber möglich [73]). Der gute Glaube, worunter man den nicht grob-

67) Siehe dazu auch oben, S. 12.

68) Vgl.: Jung bei Stammler, § 42, S. 1293/94.

69) Das BGB. hat für Inhaber-Schuldverschreibungen nicht den Cessionsgedanken des röm. Rechts aufgenommen, da dieser mit d. Wesen d. Inh.-Schuldverschreibung unvereinbar wäre, sondern den deutschrechtlichen Grundsatz, daß das i. d. Schuldverschreibung verbriefte Recht bei jed. rechtm. Erwerber so zur Entstehung kommt, wie es d. Aussteller i. d. Urkunde verbrieft hat.

70) Vgl.: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 342 ff.; Grundr. S. 77.

71) Siehe auch § 1293 BGB.

72) Deutschrechtliche Grundsätze über den Eigentumserwerb auch vom Nichteigentümer („Hand wahre Hand"); vgl. a. Art. 306, 307 ADHGB.

73) Auf die Frage, ob dieser Eigentumserwerb eines Gutgläubigen als originärer oder derivativer Erwerb anzusehen ist, würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit gehen. Vgl. dazu: Wolff, Sachenrecht § 45, II, 3 u. § 69, III; ders. in Ehrenb. Hdb., S. 39; Warneyer, Komm. Bem. I zu § 932 u. d. dort. Zit.

fahrlässigen Glauben an das Eigentum oder die Verfügungsberechtigung [74]) des Veräußerers zu verstehen hat, muß zur Zeit der Besitzübergabe vorhanden sein. Der Begriff der Redlichkeit ist also negativ gefaßt, es bildet der böse Glaube einen Ausschließungsgrund [75]). Ist der Erwerber einer Inhaberschuldverschreibung ohne grobe Fahrlässigkeit [76]) in Unkenntnis darüber, daß sie dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder abhanden gekommen war, so erwirbt er Eigentum daran, wodurch das des rechtmäßigen Eigentümers untergeht [77]). Denn § 935, II BGB. macht für Inhaberpapiere eine Rückausnahme von § 935, I BGB., wonach eigentlich an gestohlenen, verloren gegangenen oder abhanden gekommenen Sachen auch gutgläubig kein Eigentum erworben werden kann. Diese Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb auch vom Nichtberechtigten sollen das Vertrauen, das der Erwerber auf den Schein des Rechts des anderen setzt, schützen. Die Bestimmung des § 935, II BGB. insbesondere ist getroffen worden, um die Umlaufsfähigkeit der Inhaberpapiere zu erhalten und den Effektenverkehr zu erleichtern. Sie „ergibt sich aus dem wirtschaftlichen Zweck der Beschaffenheit jener Gegenstände" [78]).

74) Vgl. § 366 HGB.; aber auch: § 367 HGB.: Der gute Glaube gilt regelmäßig dann als ausgeschlossen, wenn der Erwerber ein Kaufmann ist, der Bankier- und Geldwechslergeschäfte betreibt, und der Verlust des Papieres durch eine öffentliche Behörde oder durch den aus der Urkunde Verpflichteten im Deutsch. Reichsanzeiger bekannt gemacht war und seit dem Ablauf des Jahres, in dem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verflossen war.

75) Vgl. Staub Anm. 17 zu § 366 HGB.; Staudinger, Bd. III, S. 472; Soergel, Bem. II zu § 932.

76) Ob eine grobe Fahrlässigkeit vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden.

77) Vgl. Staudinger, Anm. II, c zu § 935 BGB. Diese Gegenstände verlieren daher auch durch den erstmaligen redlichen Erwerb den ihnen anhaftenden Makel des Diebstahls usw., so daß sie der frühere Eigentümer auch dann nicht mehr vindizieren kann, wenn etwa ein späterer Erwerber diesen Makel kennen würde. Vgl. ferner: Warneyer, Bem. II zu § 932 BGB.

78) Staudiger, Anm. II zu § 935 BGB.

II. A. Entwicklungsgeschichte des Aufgebotsverfahrens.

Die voraufgegangenen Erörterungen erschienen m. E. notwendig zum Verständnis der Einrichtung der Kraftloserklärung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber und deren Wirkungen, die die vorliegende Arbeit behandeln soll. Die Möglichkeit des Aufgebots von Inhaber-Schuldverschreibungen, das sich als öffentliche gerichtliche Aufforderung an unbestimmte Gegner und unbekannte Berechtigte zur Anmeldung von Ansprüchen und Rechten mit präklusivischer Folge darstellt, ist aus dem „Bedürfnis einer Abhilfe gegen die Gefahren, welche aus dem Wesen des Inhaberpapieres und des Verkehrs mit demselben dem in Verlust gekommenen Inhaber drohen", geschaffen worden. Dieses Bedürfnis bildet die „legislatorische Rechtfertigung des Instituts der Kraftloserklärung" [1]).

Im römischen und auch im kanonischen Recht kannte man ein Aufgebotsverfahren überhaupt nicht. Der Richter hatte gemäß dem im römischen Recht geltenden Grundsatz „ut nemo invitus agere cogatur" nicht die Pflicht, wenn von ihm verlangt wurde, er solle einem anderen eine Frist zur Geltendmachung eines bestimmten Rechts bei Vermeidung des Verlustes dieses Rechts setzen, dies zu tun [2]).

Dieser Satz galt auch im alten deutschen Recht [3]), allerdings mit Ausnahmen. Man kannte z. B. bei der vor Gericht erfolgenden Auflassung von Grundstücken das sog. „Friedewirken" [4]), das man vielleicht als einen Vorläufer des heutigen Aufgebotsverfahrens bezeichnen kann. Machten bei einer mit diesem Friedewirken verbundenen gerichtlichen Auflassung Anwesende nicht sofort, Abwesende nicht binnen Jahr und Tag ihre etwa an dem aufgelassenen Grundstück bestehenden Rechte geltend, so „ verschwiegen" sie sich, d. h. sie verloren ihre Rechte, und der Erwerber des Grundstücks brauchte sich auf eine Klage ihrerseits nicht mehr einzulassen.

1) Vgl. Mot. II, S. 705.

2) Vgl. Wetzell, a. a. O., S. 98, Anm. 4, S. 100; Daude, a. a. O., S. VIII; Beseler, a. a. O., S. 203, VI u. Anm. 25.

3) Vgl. Wetzell, a. a. O., S. 98: man ne sal niemanne dvingen zu nener Klage, der he nicht begunt ne hevet (Sächs. Landrecht I, 62, § 1.).

4) Vgl. Brunner-Heymann, Grundzüge, S. 199 ff.; v. Schwerin, in Bindings Handb. d. dt. Rechtswissensch. II, 1, II, S. 51; Schröder, a. a. O., S. 740 f.

Nach und nach setzte sich dann aber die Zulässigkeit der gerichtlichen Aufgebote durch [5]). Zunächst erscheinen sie in Oberitalien in Form von Aufgeboten an einzelne bestimmte Personen, oder auch an alle Interessenten zur Sicherstellung z. B. von Privilegien, Immunitäten oder Rechten auf Grund und Boden. In Deutschland wurde im Mittelalter die Zulässigkeit von gerichtlichen Aufgeboten gesetzlich und in der Praxis anerkannt [6]). Es wurde das Institut der Ediktalladungen geschaffen [7]). Diese Ladungen ergingen an unbekannte und unbestimmte Personen, um sie zu zwingen, innerhalb einer gerichtlich bestimmten Frist Klage zu erheben. Das gemeine Recht erkannte derartige Ladungen allerdings nur für den gerichtlichen Verkauf unbeweglicher Pfandobjekte und für das Konkursverfahren an. Wer sich auf die Aufforderung hin nicht meldete, verlor im ersten Fall ein etwa bestehendes Pfandrecht, im anderen Falle drohte ihm der Verlust der konkursmäßigen Befriedigung. Die Gesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten vergrößerte jedoch bald diesen beschränkten Kreis von Aufgebotsmöglichkeiten, z. B. durch Zulassung des Aufgebots in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei Todeserklärungen, zur Übertragung der bona vacantia an den nächsten Erben oder den Fiskus, bei Einrichtung von Hypothekenbüchern [8]), später auch bei Wertpapieren [9]).

5) Vgl. Wetzell, a. a. O., S. 101 ff.; Daude, a. a. O., S. VIII/IX.

6) Vgl. O. v. Gierke, Dt. Priv. Recht, Bd. I, S. 332: „Im deutschen Mittelalter begegnet bereits in vielfacher Anwendung ein in der Regel dreimaliges öffentliches Aufgebot, das durch feierliche Verkündigung vor versammelter Gerichts- oder Kirchengemeinde vollzogen wurde u. für Abwesende die Verschweigung der aufgerufenen Anspüche in der Verschweigungsfrist nach sich zog". Vgl. a. das.: Anm. 19. — Zu nennen ist hier vielleicht auch ein allerdings nicht zum Aufgebotsverfahren gehöriges, aber doch etwas Ähnliches bezweckendes, in verschiedenen Formelsammlungen geregeltes Verfahren, das den Ersatz verlorener Urkunden bezweckte (vgl.: Brunner, in Bindings Hdb. d. dt. Rechtswiss. II, 1, I, S. 579 ff.; Zeumer, a. a. O., S. 90 ff., 100 ff., 110 ff.).

7) Vgl. Wetzell, a. a. O., S. 101 ff., 908 ff., 914; O. v. Gierke, Dt. Priv. R., Bd. I, S. 333; Beseler, a. a. O., S. 203, VI u. Anm. 26 .

8) Vgl. Daude, a. a. O., S. IX.

9) Vgl. im einzelnen bezügl. d. Kraftloserklärung von Wertpapieren: Sächs. Mandat v. 26. Jan. 1775 u. gerichtl. Befehl v. 25. Juli 1777; Preuß. Hypothekenordn. v. 1783, Tit. II, § 273 ff.; Allg. LdR. § 130, Tit. XVI, Teil 1; Preuß. Allg. Gerichtsordn. §§ 120 ff. Teil I, Tit. 51; Hannov. Patent v. 16. Aug. 1817; Preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819; Sächs. Ges. v. 17. März 1832 (§ 18 a); Preuß. Reglement v. 12. Dez. 1838, Abs. 15 b; Pr. Ges. v. 2. März 1850; Württ. Ges. v. 16. Sept. 1852; Sächs. BGB. v. 2. Jan. 1863, 3. Teil, Abschn. 7 und Gesetz v. 6. März 1879; Bundes-Ges. d. Nordd. Bund. v. 9. Nov. 1867, § 6 (Bezugnahme auf d. preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819, §§ 1—13); Reichs-Ges. v. 12. Mai 1873, § 1 u. Ges. v. 21. Juli 1870, § 3; Anhang z. preuß. Allg. Gerichtsordn. §§ 385, 388

Ausgeschlossen war das Aufgebot von Inhaberpapieren schließlich nur noch in Bayern [10]) und in Frankfurt [11]).

Die verschiedenen Regelungen der zu den verschiedenen Zeiten für zulässig erklärten Aufgebote und die mannigfaltigen, unübersichtlichen, fast in allen deutschen Staaten voneinander abweichenden, beim Aufgebotsverfahren zu beobachtenden Vorschriften, machten schließlich eine einheitliche Regelung des gesamten Aufgebotsverfahrens für das Deutsche Reich notwendig. Diese ist erfolgt in der Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 und in dem durch die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs notwendig werdenden Gesetz zur Änderung der ZPO. vom 17. Mai 1898 (§§ 946 ff., insbesondere §§ 1003 ff.). —

II. B. 1) **Rechtfertigung des Aufgebotsverfahrens bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber.**

Über die Einrichtung und die Möglichkeit der Kraftloserklärung von Wertpapieren gehen die Meinungen auseinander. Es gibt, bzw. gab viele Schriftsteller [12]), die sie mit dem Wesen der Wertpapiere für unvereinbar hielten [13]). Das Gesetz hat die Kraftloserklärung aber zugelassen, um den Eigentümer eines Wertpapieres wenigstens einigermaßen gegen die man-

(vgl. a. ALR., §§ 125 ff., Tit. XVI, Teil I); Berg-Ges. v. 25. Juni 1865, § 103; Preuß. Ges. v. 10. März 1877. — Vgl. ferner: Brunner, in Endemanns Hdb., S. *222* ff.

10) Siehe Verordnung v. 17. Aug. 1813; Bayer. Landr., Teil IV, Kap. 14, § 11; Entsch. d. Ob. Gerichtshofs f. Bayern, Bd. 105, S. 159; vgl. ab. a.: Verordn. v. 16. Okt. 1810, v. 17. Aug. 1893 u. Ges. v. 18. März 1896, wonach ein Aufgebot in bestimmten Fällen für zulässig erklärt wurde.

11) Verordn. v. 8. Juli 1817. — In Frankreich kannte man z. B. bis i. d. neueste Zeit hinein auch kein Aufgebotsverfahren f. Inhaberpapiere. Der Eigentümer ein. abhanden gekommenen Inhaberpapieres hatte geg. d. gutgläubigen Erwerber einen auf 3 Jahre beschränkten Vindikationsanspruch (CC. *2279*, *2280*), der aber illusorisch war, wenn d. Erwerber d. Papier an der Börse, von einem Bankier oder in ein. öffentl Verkauf gekauft hatte, da er ihm dann den Kaufpreis erstatten mußte. Neuerdings ist das sog. Oppositionsgesetz geschaff. worden (15. Juni 1872/8. Februar 1902), durch das d. Eigent. ein. abhand. gekommenen Papieres weitgehend geschützt wird. Dadurch, daß der Verlierer ein. dem franz. Recht unterstehenden Inh. Papieres sein. Verlust dem Syndikat des Agents de change de Paris und d. Schuldner anzeigt, wird d. Handel mit d. Papier auch d. Zahlg. d. Kapitals, der fälligen u. fällig werdenden Zinsen, die Lieferung neuer Zinsbogen bis auf Widerruf gesperrt (vgl. Wolff, in Ehrenbergs Hdb., S. 49, Anm. 30; Cohnitz, a. a. O., S. 18 ff.; Hausmeister, a. a. O., S. 56 ff.; Mot. II, S. 706; Rosentreter, a. a. O., S. *293* ff.—).

12) Vgl. dazu: Pedretti, a. a. O., S. *32* ff.

13) Vgl. Kuntze, a. a. O., S. 714 ff.; Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. *382*, der die Verträglichkeit der Kraftloserklärung mit d. Wesen d. Inhaberpapieres gut entwickelt.

nigfachen Gefahren zu schützen, die ihm aus einem Verlust seines Papieres drohen. Nachdem das Gesetz sich für die Kraftloserklärung ausgesprochen hat, hat der Streit der Meinungen über die Möglichkeit und Zulässigkeit der Kraftloserklärung von Wertpapieren nur noch eine theoretische Bedeutung. Man hat das Aufgebotsverfahren [14]) bei abhanden gekommenen oder vernichteten Schuldverschreibungen auf den Inhaber zugelassen trotz der Bedenken, die gegen dasselbe bestehen, und trotzdem die Kraftloserklärung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber eigentlich mit dem Wesen der Inhaberpapiere im Widerspruch steht und aus der rechtlichen Natur der an sie geknüpften Verbindlichkeit nicht gefolgert werden kann [15]). Es ist zwar richtig, daß die Zulassung der Kraftloserklärung mit dem Wesen des Inhaberpapieres in Widerspruch steht, bei dem der Grundsatz gilt, das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Dieser Grundsatz [16]) trifft aber nur in der Regel zu und ist bei Inhaberpapieren nicht streng durchgeführt, wie aus der Zulassung der Kraftloserklärung folgt. Denn durch die Zerstörung des Papieres z. B. geht nicht auch das in ihm verbriefte Recht unter, sondern bleibt selbständig weiter bestehen. Würde man dieses nicht annehmen, so würde mit der Vernichtung des Papieres auch das in ihm verbriefte Recht untergehen [17]), sein Eigentümer einen nicht gerechtfertigten wirtschaftlichen Nachteil erleiden, der Aussteller dagegen einen durch nichts zu begründenden Vorteil — eben die Befreiung von der Verbindlichkeit — erlangen.

Man hat das Aufgebotsverfahren zugelassen, um den Eigentümer des Papieres zu schützen. Diesem stehen zwar bei einem abhanden gekommenen Papier zu seinem Schutz die verschiedensten Ansprüche (§§ 861, 862, 985, 1007 BGB.) zu Gebote, die ihm aber dann nichts nützen, wenn er nicht weiß, wo sich das Papier befindet. Und dieses kann weiter umlaufen und legitimiert bis zur Kraftloserklärung seinen Inhaber als Berechtigten, an den der Aussteller mit befreiender Wirkung leisten kann. Daher hat das Gesetz die Aufgebotsbe-

14) Die früher bei Inh.-Papieren übliche Außerkurssetzung findet heute nicht mehr statt. Dafür gibt es jetzt d. Umschreibung ein. Inh.-Schuldverschreibung a. d. Namen ein. bestimmt. Berechtigten.

15) Vgl. dazu: Brunner, in Endemanns Hdb., S. 221 ff.

16) Siehe Jacobi, Grundriß, S. 74: Ges. u. Willenserklärung gehen regelmäßig davon aus, daß ihre Dispositionen üb. d. Papier zugleich d. verbriefte Recht treffen sollen.

17) Bei der Annahme, das Recht gehe mit der Vernichtung der Urkunde unter, würde für ein Aufgebotsverfahren bei vernichteten Papieren kein Raum mehr sein.

stimmungen getroffen, um den Rechtsschein des Inhabers zu zerstören, eine Schädigung des Eigentümers zu verhüten und möglichst den Rechtszustand wieder herzustellen, der vor dem Verlust oder der Zerstörung bestand.

Trotz der Zulassung des Aufgebotsverfahrens ist die Stellung des in Papierverlust geratenen Eigentümers aber noch immer eine sehr schlechte. Die Möglichkeit des gutgläubigen Eigentumserwerbs auch an abhanden gekommenen Inhaberpapieren bedeutet eine große Gefahr für ihn. Auch durch die Einführung des § 367 HGB. ist an der einschneidenden Wirkung des § 935, II BGB. nicht viel gemildert worden. Denn der Dieb oder unehrliche Finder eines Inhaberpapieres wird wohl immer so viel mit den einschlägigen Bestimmungen vertraut sein, daß er dieselben zu umgehen weiß. Es ergibt sich schon hieraus, wie dringend notwendig die Möglichkeit eines Aufgebots für Inhaber-Schuldverschreibungen ist. Das Gesetz hat aber auch, damit nicht etwa andere durch das Aufgebot eines Inhaberpapieres geschädigt werden, mannigfache Bestimmungen [18]) in die das Aufgebot behandelnden Paragraphen eingefügt, um einen Eingriff in etwa bestehende Rechte Dritter zu verhüten.

Über das Wesen des Aufgebotsverfahrens [19]) sagt die Begründung des Entwurfs zur ZPO. [20]): Es ist ein Institut der öffentlichen gerichtlichen Aufforderung an unbestimmte Gegner und unbekannte Beteiligte zur Anmeldung von Ansprüchen und Rechten mit präklusivischer Folge (Aufgebot), das durch die Partikulargesetzgebungen zu ausgedehnter Entwicklung gelangt ist. Es gehört „vorzugsweise dem materiellen Recht an. Das bürgerliche Recht entscheidet die wichtige Frage, in welchen Fällen ein Aufgebot überhaupt zulässig sei, unter welchen Voraussetzungen es stattfinden könne, wer zu seiner Ausbringung legitimiert sei, worauf die Präklusion sich zu erstrecken habe, welche Anmeldungen neben oder der Präklusion entgegenstehen, und wie die letztere wirke. Dem Prozeßrecht fällt lediglich die formelle Regelung des Verfahrens zu, namentlich die Bestimmung über die Art der öffentlichen Bekanntmachung, die Erlassung und Anfechtung des

18) Vgl. §§ 1010 ff. ZPO.

19) Die h. A. zählt d. Aufgebotsverfahren zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, während Hellwig es als zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörig ansieht. Allerdings sagt auch Stein-Jonas, Vorbem. III vor § 946: „In allen praktischen Fragen schlage die positiv-rechtl. Tatsache durch, daß das Aufgebotsverfahren vermöge sein. Aufnahme i. d. ZPO. Teil d. streitigen Gerichtsbarkeit in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten sei.

20) Vgl.: Hahn, Materialien II, 1. S. 479.

Präklusionsurteils, auch die Gerichtszuständigkeit, insoweit nicht diese bei einer großen Zahl von Aufgeboten durch den materiellen Inhalt von vornherein gegeben ist."

II. B. 2) Die Voraussetzungen für die Einleitung des Aufgebotsverfahrens bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Voraussetzung für die Einleitung eines Aufgebotsverfahrens bei einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist, daß das Papier abhanden gekommen oder zerstört ist. Abhanden gekommen ist ein Papier dann, wenn es seinem Inhaber ohne oder gegen seinen Willen aus dem Besitz gekommen ist [21]). Vernichtet ist es dann, wenn es durch irgend eine äußere Einwirkung in seiner Substanz zerstört oder sein Inhalt in wesentlichen Teilen nicht mehr erkennbar ist. Auch der letzte Inhaber der Urkunde, der sie selbst vernichtet hat, kann das Aufgebotsverfahren betreiben, und zwar sogar dann, wenn er das Papier absichtlich zerstört hat. Denn ein Verzicht auf das in dem vernichteten Papier verbrieft gewesene Forderungsrecht liegt nicht vor. Der Verzicht ist zwar kein Vertrag gemäß § 397 BGB., aber doch eine empfangsbedürftige Willenserklärung [22]), sodaß er nur durch die Vernichtung der Urkunde nicht wirksam wird. Notwendig zu seiner Wirksamkeit ist vielmehr die Annahme der Verzichterklärung durch den Schuldner [23]).

II. B. 3) Die verschiedenen Ansichten über die Berechtigung zum Aufgebotsantrage.

Die Einleitung des Aufgebots wird beim Amtsgericht beantragt. Antragsberechtigt ist der bisherige Inhaber der Urkunde (§ 1004 ZPO.), derjenige, der zur Zeit des Verlustes der Urkunde oder ihrer Zerstörung der wirkliche Inhaber gewesen ist. Eine Prüfung, ob der Antragsteller zum Aufgebot berechtigt ist, findet nicht statt. Es genügt, daß der Antragsteller die Tatsache glaubhaft macht, daß er der bisherige Inhaber des Papieres gewesen sei. Anderer Meinung sind allerdings Reichhelm [24]) und Hellwig [25]). Reichhelm ist

21) Es ist aber nicht unbedingt erforderlich, daß der Inhaber den Besitz d. Papieres ohne seinen Willen verloren haben muß. Vgl. Jacobi, Grundriß, S. 88 Anm. 2: Ein Aufgbot müsse auch dann zulässig sein, wenn d. Inhaber jemandem d. Papier zur Aufbewahrung übergeben habe, aber nicht mehr wisse, wem.

22) so: Manigk, Jacobi u. d. h. A.; a. Ans.: Bacmeister, a. a. O., S. 77 f.

23) RGZ. Bd. 72, S. 171.

24) Reichhelm, a. a. O., S. 49.

25) Hellwig, System II, S. 96/97.

der Ansicht, daß nur der letzte berechtigte Inhaber der Urkunde zum Aufgebotsantrage berechtigt sei und begründet seine Ansicht aus den §§ 1018 und 1004 ZPO. Das Ausschlußurteil gebe dem Aufbieter unter allen Umständen materielles Gläubigerrecht. Dieses könne es aber nur dem vorher verfügungsberechtigt gewesenen Inhaber geben. Daher könne auch nur der letzte verfügungsberechtigte Inhaber zum Antrage berechtigt sein.

So sagt auch Hellwig, nach § 1004 ZPO., ohne den § 1018 ZPO. nicht zu verstehen sei, sei nur der letzte berechtigte Inhaber des Papieres berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen. Antragsberechtigt sei im allgemeinen derjenige, der das Recht aus der Urkunde geltend zu machen berechtigt sei (§ 1004 ZPO.); bei Papieren, die auf den Inhaber lauteten, also der bisherige Inhaber (§ 1004, 1 ZPO.), es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei. Diese im Gesetz nicht ausgesprochene Einschränkung ergebe sich aus § 793, 1 BGB. deshalb, weil der Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens eine Geltendmachung der Rechte aus dem Papier sei und gegenüber dem Aussteller zu den unten bezeichneten Folgen (materielle Wirkung des Ausschlußurteils) führe. Das Recht, die Urkunde kraftlos zu machen und durch das Auschlußurteil die Rechte aus § 1018 ZPO. und § 800 BGB. zu erwerben, könne niemand anders als dem letzten berechtigten Inhaber zustehen.

Hellwig sagt dann weiter[26]), nach der herrschenden Ansicht würde auch dem Dieb[27]), Verwahrer, Finder z. B. ein Antragsrecht zustehen. Dies ist allerdings die Konsequenz der Ansicht, daß der letzte Inhaber berechtigt sei, das Aufgebotsverfahren zu beantragen. Auch der Dieb oder der unehrliche Finder, die absichtlich oder unabsichtlich den Besitz der von ihnen gestohlenen bezw. gefundenen Papiere wieder verloren haben, würden das Aufgebot beantragen können. Praktisch wird dieser Fall aber nie eintreten, da sich Dieb und Finder wohlweislich hüten werden, das Aufgebotsverfahren zu beantragen, da sie dann ja doch große Gefahr laufen würden, entdeckt zu werden. Sie werden sich einer solchen Gefahr wohl kaum aussetzen, vielmehr versuchen, die unehrlich erworbenen Papiere möglichst schnell wieder an den Mann zu bringen, und falls sie die Papiere selbst wieder verloren haben, schweigen.

26) Hellwig, System II, S. 96 Ziff. 3 Abs. 2.
27) Vgl. dazu: Adelmann, a. a. O., S. 45; Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 391; Ritter, a. a. O., S. 172 f.; Stein-Jonas zu § 1004 ZPO.

Die Ansicht von Reichhelm[28]) und Hellwig, daß nur der letzte berechtigte Inhaber antragsberechtigt sei, ist m. E. abzulehnen. Sie findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze. Antragsberechtigt ist gemäß § 1004 ZPO. für das Aufgebot von Inhaberpapieren der bisherige Inhaber des Papieres, der auch der Aussteller sein kann, wenn ihm z. B. das Papier vor der Begebung abhanden gekommen ist[29]). Die Bestimmung, daß der bisherige Inhaber antragsberechtigt ist, entspricht dem in § 1004 Abs. II ZPO. ausgesprochenen Grundsatz, daß das Antragsrecht derjenige hat, der die Rechte aus der Urkunde geltend machen kann. Dies ist bei Inhaber-Schuldverschreibungen der Inhaber[30]).

II. B. 4) Das Aufgebotsverfahren.

Für die Einleitung und Durchführung des Aufgebotsverfahrens sind sachlich zuständig die Amtsgerichte, deren örtliche Zuständigkeit durch den in der aufzubietenden Urkunde angegebenen Erfüllungsort bestimmt wird[31]). Der Aufgebotsantrag, mit dem der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurteils verbunden werden kann, muß eine genaue Begründung und die Beschreibung der für kraftlos zu erklärenden Urkunde enthalten. Der Aussteller der Inhaber-Schuldverschreibung ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots erforderliche Auskunft zu erteilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen.

Der Verlust der Urkunde und die Tatsachen, von welchen die Berechtigung zum Aufgebotsantrage abhängt, sind glaubhaft zu machen. Außerdem muß sich der Antragsteller zur Versicherung der Wahrheit seiner Angaben an Eidesstatt erbieten (§ 1007 ZPO.). Der Antragsteller ist Prozeßpartei und muß als solche partei- und prozeßfähig sein. Genügt die Begründung des Aufgebotsantrages, so gibt ihm das Gericht durch Beschluß statt, der öffentlich bekannt zu machen ist. In dem Beschluß wird der Inhaber der aufgebotenen Urkunde

28) Reichhelm sagt auch selbst (a. a. O., S. 50), daß seiner Ansicht d. Wortlaut d. § 1004 ZPO. entgegenstehe.

29) Siehe auch: Fränkel. a. a. O., S. 1024 f.: Es sei zweckentsprechend, denjenigen das Antragsrecht zu gewähren, die, weil sie die Urkunde innehätten, kraft Gesetzes od. Vertrages d. Gefahr d. Besitzes trügen. M. E. dehnt Fränkel mit Recht d. Antragsrecht so weit aus.

30) Vgl. a.: Hahn, Materialien II, S. 486: Bei Papieren, welche a. d. Inhaber lauten, . . . ist d. Inhaber z. Geltendmachung d. Rechts a. d. Urkunde legitimiert, folglich d. letzte Inhaber zum Antrage berechtigt.

31) Vgl. § 1005 ZPO. u. die dort getroffenen Ausnahmebestimmungen.

aufgefordert, seine Rechte spätestens im Aufgebotstermin unter Vorlegung der Urkunde anzumelden. Zugleich wird ihm als Rechtsnachteil angedroht, daß, falls er sich nicht melde, die Urkunde für kraftlos erklärt werde (§§947, II, 1008, 1009 ZPO.). Ist das Aufgebotsverfahren zugelassen, so hat das Gericht auf Antrag eine Zahlungssperre zu erlassen, um den das Aufgebot betreibenden Gläubiger davor zu schützen, daß während der Dauer des Aufgebotsverfahrens der Besitzer des Papieres, der ja durch seinen Besitz legitimiert wird, von dem Aussteller die Forderung einzieht. Die Zahlungssperre ist ein gerichtliches Zahlungsverbot zu Gunsten des Antragstellers (§ 1019 ZPO.). Außerdem hat der Verlierer noch die Möglichkeit der Bekanntmachung gemäß § 367 HGB.

Bei Wertpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu ihm der erste einer seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ausgegebenen Reihe von Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen fällig geworden ist und seit der Fälligkeit desselben 6 Monate verstrichen sind (§ 1010 ZPO.). Vor Erlaß des Ausschlußurteils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser 6-monatlichen Frist ausgestelltes Zeugnis der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ihr zur Ausgabe neuer Scheine nicht vorgelegt sei, und daß die neuen Scheine an einen anderen als den Antragsteller nicht ausgegeben seien.

Die Aufgebotsfrist muß mindestens 6 Monate betragen. Der Aufgebotstermin darf nicht über ein Jahr hinaus bestimmt werden, so lange ein so naher Termin nicht bestimmt werden kann, ist das Aufgebot nicht zulässig (§ 1015 ZPO.). — Meldet der Inhaber vor dem Aufgebotstermin seine Rechte unter Vorlegung der Urkunde an, so hat das Gericht den Antragsteller hiervon zu benachrichtigen und ihm die Einsicht der Urkunde innerhalb einer zu bestimmenden Frist zu gestatten. Auf Antrag des Inhabers der Urkunde ist zur Vorlegung derselben ein Termin zu bestimmen (§ 1016 ZPO.). — Meldet sich im Aufgebotsverfahren niemand, so wird auf Antrag das Ausschlußurteil erlassen, durch das die aufgebotene Urkunde für kraftlos erklärt wird (§ 1017 ZPO.). Das Ausschlußurteil ist sofort rechtskräftig. Ein Rechtsmittel findet gegen dasselbe nicht statt, nur kann es unter besonderen Voraussetzungen mit der Anfechtungklage angegriffen werden (§ 957 ZPO.). Derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen. Wird das Auschlußurteil

infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben, so bleiben die auf Grund des Urteils von dem Verpflichteten bewirkten Leistungen auch Dritten, insbesondere dem Anfechtungskläger gegenüber wirksam, es sei denn, daß der Verpflichtete zur Zeit der Leistung die Aufhebung des Ausschlußurteils gekannt hat.

Ausgeschlossen ist die Kraftloserklärung — abgesehen von den Urkunden, in denen selbst der Aussteller den Ausschluß der Kraftloserklärung bestimmt hat — bei umlaufenden Zinsscheinen [32]). Für den Ausschluß der Kraftloserklärung bei Zinsscheinen war die besondere Natur dieser fast immer über kleine Beträge lautenden, zu bestimmten Zeiten in Massen zur Einlösung gelangenden Papiere maßgebend; außerdem der Umstand, daß bei ihrer Einlösung die Kontrolle eine unverhältnismäßige, auch den Gläubiger beschwerende Mehrarbeit erfordern würde [33]). Der bisherige Inhaber eines verloren gegangenen Zinsscheines kann sich jedoch dadurch sichern (§ 804 BGB.), daß er seinen Verlust dem Schuldner vor Ablauf der Vorlegungsfrist anzeigt. Allerdings ist ein Ausschluß dieses Rechts durch ausdrückliche Erklärung in den Zinsscheinen möglich. — Hat jemand einen Talon verloren, so muß er seinen Verlust dem Aussteller mitteilen und kann der Ausgabe neuer Zinsbogen widersprechen. Gemäß § 805 BGB. darf der Aussteller, nachdem er die Verlustanzeige vom Eigentümer erhalten hat, nur gegen Vorzeigung des Mantels neue Zinsbogen aushändigen.

32) Vgl. a.: Art. 174, I Satz 2: EGBGB.; ferner Reichsbank-Ges. v. 14. März 1875.
33) Mot. VI. S. 701, 706.

III. Die verschiedenen Auffassungen über die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Über die Wirkungen des Ausschlußurteils bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber gehen die Ansichten auseinander. Man kann die widerstreitenden Meinungen vielleicht kurz dahin zusammenfassen, daß nach der einen — überwiegenden — Ansicht durch das Ausschlußurteil nichts in den materiellen Rechtsverhältnissen der Beteiligten geändert wird, nach der anderen hingegen das Ausschlußurteil dem Erstreiter materielles Gläubigerrecht gibt [34]), daß der Berechtigte durch das Ausschlußurteil seine Rechte verliert, falls es von einem Nichtberechtigten erwirkt wird [35]).

Die Materialien zur ZPO. führen über die Wirkung des Ausschlußurteils aus: „Die Wirkung des Verfahrens beschränkt sich darauf, daß die Urkunde für kraftlos erklärt und der Antragsteller dem Verpflichteten gegenüber berechtigt wird, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen. Im übrigen wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und einem Dritten, welcher ein besseres Recht auf die Urkunde hat, nicht berührt. Es liegt kein Bedürfnis vor, in dieser Richtung eine weitergehende Wirkung (pr. Entw. § 1327: Ausschl. d. unbekannten Inhab. d. Urkunde u. aller unbekannten Berechtigten [36])) eintreten zu lassen [37]); denn auch ohne dieselbe wird der Verlust der Urkunde, welcher die einzige Veranlassung des Verfahrens ist, derart aufgehoben, daß der Antragsteller tatsächlich über die Urkunde wie vor dem Verlust verfügen kann. Den Verlust gänzlich ungeschehen zu machen, wird

34) so: Hellwig, System II, S. 96/97; Mathieu, a. a. O., S. 2034 ff.; Klein, a. a. O., S. 40 ff.; Junkermann, a. a. O., S. 58, 60 ff.; Reichhelm, a. a. O., S. 49 f.; auch Jacobi in einem Fall (vgl. Jacobi in Ehrenb. Hdb., S. 396).

35) Vgl. Crome, a. a. O., S. 954; Obst, a. a. O., S. 314; Oertmann, S. 1307/08 zu § 800 BGB.; Staudinger, Anm. II, 3 b z. § 799 BGB.

36) Vgl. dazu: § 23 V d. preuß. Ausführungs-Ges. v. 24. März 1879 zur deutsch. ZPO. (Preuß. Ges.-Samml. 1879, S. 287).

37) Wie es auch den deutsch-rechtl. Grundsätzen entspricht. Vgl. Manigk, Rektoratsrede, S. 5: „Unser deutsches Rechtssystem beruht auf dem Grundsatz der Erhaltung der erworbenen Rechte u. erinnert dadurch nicht nur an das die Natur beherrschende Grundgesetz von d. Erhaltung d. Energie, sondern ist durch dieses auch offenbar beeinflußt."

durch die Bedeutung des Besitzes der Urkunde ausgeschlossen. Hatte ein Dritter Rechte an der Urkunde, ohne dieselbe zu besitzen, so sind dieselben überhaupt weder durch den Verlust der Urkunde seitens des Inhabers, noch durch das Aufgebot berührt. Diesen Wirkungen entspricht die in das Aufgebot aufzunehmende Androhung, daß die Kraftloserklärung der Urkunde erfolgen werde. . . . Ob auf Grund der Kraftloserklärung die Ausfertigung einer neuen Urkunde statthaft ist, hängt von dem Verhältnis des Berechtigten zu dem Verpflichteten ab und ist in der Prozeßordnung nicht zu bestimmen" [38]).

III. A. **Die vom Verfasser vertretene Auffassung.**

Das Ausschlußurteil beschränkt sich m. E. auf die Kraftloserklärung der abhanden gekommenen oder vernichteten Schuldverschreibung auf den Inhaber — darauf geht ja auch nur der Antrag des Antragstellers — und auf den durch die für kraftlos erklärte Urkunde Verpflichteten [39]). Dies ist seine alleinige materielle Wirkung [40]). Wer der aus der Urkunde Verpflichtete ist, und welche Rechte der Antragsteller aus der Urkunde geltend machen kann, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Der Antragsteller wird durch das Urteil ebenso legitimiert, wie wenn er die Urkunde noch besäße. Das Auschlußurteil ersetzt ihm dem Aussteller gegenüber den Besitz der Urkunde. Er ist berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen. Die Urkunde selbst wird durch das Ausschlußurteil für kraftlos erklärt („amortisiert", „mortifiziert" nach der Ausdrucksweise der älteren Schriftsteller) und verliert dadurch ihre Bedeutung als Rechtsträger und Rechtsausweis im Verkehr. Sie wird ihrer rechtlichen Kraft entkleidet. Ihr Inhaber kann von dem Aussteller nicht mehr die in ihr verbrieft gewesene Forderung verlangen und sie nicht mehr rechtswirksam weiterveräußern, verpfänden oder mit einem Nießbrauch belasten. Auch der Gutgläubige erwirbt nur ein wertloses Stück Papier, nicht etwa eine For-

38) Hahn, Materialien II, 1, S. 487/88.

39) Vgl. den Wortlaut d. § 1018 ZPO.: Derjenige, welcher d. Ausschlußurteil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte a. d. Urkunde geltend zu machen. Die Bezeichnung d. Urteils als „Ausschlußurteil" ist irreführend, da durch dasselbe niemand mit seinen Rechten „ausgeschlossen" wird. — Siehe a. d. Wortlaut d. § 1017 ZPO.: In dem Ausschlußurteil ist d. Urkunde für kraftlos zu erklären. Weitere Erklärungen enthält — im Gegensatz zu d. anderen Ausschlußurteilen — das Ausschlußurteil beim Urkunden-Aufgebot nicht.

40) Vgl.: Hahn, Materialien II, 1, S. 479: Das Aufgebotsverfahren „gehört vorzugsweise dem materiellen Recht an".

derung. Das Recht, das in der aufgebotenen Inhaber-Schuldverschreibung verbrieft war, bleibt aber bestehen. Es wird durch die Kraftloserklärung der Urkunde nicht auch „getötet“ [41]). War der Erstreiter des Ausschlußurteils der Eigentümer der aufgebotenen Urkunde und hat er sein Eigentum in der Zwischenzeit nicht durch den Erwerb des Papieres seitens eines Gutgläubigen verloren, so bekommt er durch das Ausschlußurteil die ihm abhanden gekommene Legitimation wieder.

Durch das Ausschlußurteil wird aber nicht etwa festgestellt, daß das Recht, das die für kraftlos erklärte Urkunde verbriefte, auf den Antragsteller — falls das Ausschlußurteil von einem Nichtberechtigten erwirkt worden ist — übergegangen sei. Der wirklich Berechtigte behält vielmehr sein Recht [42]). Der einzige Rechtsnachteil, den er erleidet, ist, daß ihm jetzt durch die Kraftloserklärung der Urkunde die Verfolgung seines Rechts erschwert ist [43]). Dies ist ja auch der „Rechtsnachteil“, der im Aufgebotsverfahren angedroht wird. Der Antragsteller erlangt durch das Ausschlußurteil materiellrechtlich keine bessere Stellung als vorher, auch dann nicht, wenn das Ausschlußurteil von dem wirklich Berechtigten nicht angefochten wird [44]). Es wird durch das Ausschlußurteil nicht entschieden, ob der Antragsteller oder ein Dritter der wirklich Berechtigte ist. Der Aussteller behält auch gegenüber dem Anspruch auf Leistung oder auf Aushändigung einer neuen Urkunde die ihm zustehenden Einwendungen [45]), wenn das Ausschlußurteil von einem Nichtberechtigten erwirkt worden ist. Das Ausschlußurteil hat nicht eine rechts-, sondern nur eine legitimationsbegründende Wirkung. Es ersetzt der Besitz des Ausschlußurteils den Besitz der für kraftlos erklärten Urkunde [46]). Damit der Berechtigte sein Recht

41) Vgl. Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch, S. 393.

42) Vgl. Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch, S. 387: Er habe nur die Urkunde, das ersetzbare Mittel zur Geltendmachung des Rechts, eingebüßt.

43) Vgl. a. Brunner, in Endemann Hdb., S. 222, der die Kraftloserklärung mit einer Besitzentziehung vergleicht.

44) Vgl. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 394: Es wäre unverständlich, weshalb d. Verlierer d. bloßen Legitimationsmittels durch d. Aufgebot ein volles Recht erlangen sollte.

45) Der Aussteller kann nur nicht mehr einwenden, der Erstreiter des Ausschlußurteils sei niemals Inhaber d. aufgebotenen Urkunde gewesen.

46) so auch: Stein-Jonas zu §§ 1017/1018 ZPO. u. d. Kommentare zur ZPO.: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 394/95; RGR. Kommentar Bem. 1 zu § 800 BGB.; Planck, Bem. 3 zu § 799 BGB.; Daude, a. a. O., S. 66 f.; Hausmeister a. a. O., S. 21, 25 ff.; Meyer, a. a. O., S. 18 ff.; siehe auch: KGJ. Bd. 34, A. 344, Bd. 45, S. 297; Rspr. 38, 12; JRHR. 1929, Nr. 2141; Jahrb. d. Dt. Rechts, Jhrgg. 28, S. 995; vgl. a.: Staub-Stranz zu Art. 73

behält, ist nicht einmal eine Anfechtung des ergangenen Ausschlußurteils durch ihn nötig. Er kann die Abtretung der Rechte aus dem Ausschlußurteil verlangen [47]), gegebenenfalls die Aushändigung der gemäß § 800 BGB. neu ausgestellten Schuldverschreibung, die ja nur die Legitimation darstellt [48]).

Ein nicht berechtigter Antragsteller erwirbt nicht etwa durch die Neuausstellung einer Schuldverschreibung auch eine Forderung [49]). Diese verbleibt vielmehr dem Berechtigten, der die neuausgestellte Urkunde ebenso wie von jemandem, dem er sein Papier z. B. in Verwahrung gegeben hat, herausverlangen kann. Veräußert dann allerdings der — nichtberechtigte — Erstreiter des Ausschlußurteils die neu ausgestellte Schuldverschreibung, so erwirbt ein Gutgläubiger Eigentum daran und damit ein Forderungsrecht, der Berechtigte verliert es und hat nur noch Ansprüche gegen den Veräußerer. Dies ist genau derselbe Vorgang, wie wenn jemandem eine Schuldverschreibung gestohlen worden ist. Der Dieb erhält durch den Diebstahl des Papieres auch noch kein Forderungsrecht. Dieses behält vielmehr der bestohlene Eigentümer. Veräußert dann aber der Dieb das Papier an einen Gutgläubigen, so verliert der Eigentümer sein Forderungsrecht, der gutgläubige Erwerber bekommt es. Um diese unerwünschten Wirkungen der Aushändigung einer neuen Schuldverschreibung an den nicht berechtigten Erstreiter eines Ausschlußurteils zu beseitigen, müßte vielleicht vor der Aushändigung einer neuen Urkunde noch einmal eine genaue Prüfung der Frage stattfinden, ob der Erstreiter des Aus-

WO. (a. a. O., S. 193 Anm. 1), auf den die Vorschriften üb. d. Kraftloserklärung von Urkunden zurückgehen: „Wer ein Recht am Wechsel hatte, dem an sich der Aufbieter weichen muß, wer ein Recht auf den Wechsel geg. d. Aufbieter hat, der verliert diese Rechte nicht. Sie modifizieren, sie verwandeln sich in Rechte am Ausschlußurteil od. in Rechte auf die Rechte am Ausschlußurteil". — Siehe auch: Ritter, a. a. a. O., S. 174, 3; Güthe-Triebel, a. a. O., Anm. 30 zu § 43 GBO.: Durch die Krafloserklärung d. Briefes werde ab. d. Hypothekenrecht d. wahren Berechtigten nicht berührt.

47) Der Erstreiter d. Ausschlußurteils bleibt aber, solange d. Aussteller die Abtret. d. Rechte a. d. Ausschlußurteil nicht kennt, diesem gegenüber legitimiert (vgl. a. Jacobi, in Ehrenbr. Hdb. S. 395).

48) Vgl. Jacobi, Grundriß, S. 78: Wenn neue Papiere anstelle alter od. mehrere Wertpapierexemplare f. ein Recht ausgestellt werd., so treten sie von selbst i. d. Eigentum d. Berechtigten.

49) Man wird auch nicht daran zweifeln, daß ein nicht verfügungsberechtigter Inhaber einer beschädigten Inhaber-Schuldverschreibung durch den Umtausch des beschädigten Papieres in ein neues gemäß § 798 BGB. nicht Eigentümer des neuen Papieres wird, bezw. damit ein Forderungsrecht erwirbt.

schlußurteils auch wirklich Berechtigter sei[50]). Im allgemeinen kann zwar auch bei Inhaber-Schuldverschreibungen nur der Berechtigte[51]) die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen, jedoch wird nach den allgemeinen bei Inhaber-Schuldverschreibungen geltenden Grundsätzen der Aussteller auch dann nicht haftbar sein, wenn er die neue Urkunde an den — nichtberechtigten — Erstreiter des Ausschlußurteils aushändigt, da dieser sich ja durch den Besitz des Ausschlußurteils ausweisen kann, dadurch „legitimiert" wird. De lege ferenda müßte vielleich eine Bestimmung in das BGB. eingefügt werden, daß nur der wahrhaft Berechtigte (vgl. § 67 GBO.) die Aushändigung einer neuen Urkunde verlangen kann, und vor der Aushändigung derselben der Erstreiter des Ausschlußurteils seine Berechtigung nachweisen muß.

Was ein nichtberechtigter Antragsteller auf Grund des Ausschlußurteils bereits von dem Aussteller empfangen hat, muß er als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben. Wollte z. B. der Aussteller einer Inhaber-Schuldverschreibung, dem diese gestohlen worden ist, auch den Ausschluß eines Berechtigten — es kann sie ja inzwischen ein Gutgläubiger erworben haben — erreichen, so bliebe ihm m. E. nur übrig, gemäß § 982 ZPO. — allerdings in entsprechender Anwendung, da dort die Schuldverschreibungen auf den Inhaber nicht genannt sind — das Gläubigeraufgebot zu betreiben.

Die Zinsscheine werden gemäß § 803 BGB. von der Kraftloserklärung nicht berührt, es sei denn, daß in ihnen eine anderslautende Bestimmung getroffen ist. Sie behalten regelmäßig ihre rechtliche Kraft. Ihr Inhaber kann gegen ihre Vorlegung die fällige Leistung verlangen. Der Aussteller ist daher berechtigt, wenn der Erstreiter des Ausschlußurteils nicht zugleich mit der Geltendmachung des Rechts aus der Inhaber-Schuldverschreibung die ausgegebenen Zinsscheine zurückgibt, den Betrag, auf den diese lauten, zurückzubehalten, da er sonst u. U. doppelt leisten müßte (§ 803, II BGB.). Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn auch die Zinsscheine von der Kraftloserklärung betroffen werden.

III. B. **Die abzulehnende Auffassung.**

Im Gegensatz zu der oben vorgetragenen Ansicht von den Wirkungen des Aufgebots von Inhaber-Schuldverschreibungen vertritt Hellwig[52]) die Auffassung, daß das Aus-

50) Vgl. § 67 GBO.: Nur der Berechtigte hat Anspruch auf Erteilung eines neuen Hypothekenbriefes.

51) Vgl.: Hahn, Materialien II, S. 488.

52) Hellwig, System II, S. 96/97; vgl. a.: Reichhelm, a. a. O., S. 49 f.

schlußurteil dem Antragsteller materielles Gläubigerrecht gebe, daß er durch die Ausfertigung des neuen Papieres zu dessen Eigentümer gemacht werde. Die Motive zum Entwurf der ZPO. §§ 779, 780 [53]) — . . . neben dieser Bedeutung hat das Ausschlußurteil den positiven Charakter einer wirklichen, nach stattgefundener Verhandlung ergehenden Entscheidung, durch welche Rechte aufgehoben und neue begründet werden [54]) — scheinen die Ansicht Hellwigs, daß das Ausschlußurteil beim Aufgebot von Inhaber-Schuldverschreibungen dem Erstreiter materielles Gläubigerrecht gebe, zu bestätigen. Dem steht aber die ausdrückliche Bestimmung der Wirkungen des Ausschlußurteils bei Inhaberpapieren in den Materialien [55]) entgegen [56]), wonach Rechte Dritter unberührt bleiben sollen, der Ausschluß eines unbekannten Berechtigten nicht stattfinden soll.

Hellwig begründet seine Ansicht mit dem Hinweis auf die §§ 1004 und 1018 ZPO. [57]), wonach nur der aus der Urkunde Berechtigte das Aufgebotsverfahren beantragen könne. Wenn nun aber ein Nichtberechtigter das Aufgebotsverfahren beantragt und ein Ausschlußurteil erwirkt habe, „ist er aber trotzdem gegenüber dem Verpflichteten berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen, so bedeutet dies nicht mehr und nicht weniger, als das, daß er durch das Ausschlußurteil zum Berechtigten und durch die Ausfertigung eines neuen Papieres zu dessen Eigentümer [58]) gemacht wird" [59]). Dies könne man nur leugnen, wenn man in § 1018 ZPO. statt berechtigt ‚legitimiert' lese [60]). Man muß allerdings Hellwig darin Recht geben, daß der Wortlaut des § 1018 ZPO., insbesondere das Wort ‚berechtigt' darin mißverständlich ist. Man

53) Siehe Hahn, Materialien II, S. 484.

54) Man kann vielleicht aber auch sagen, das „Recht", das „übertragen" wird, ist die bloße Legitimation für die Geltendmachung des Rechts aus der Inhaber-Schuldverschreibung.

55) Siehe, Hahn, Materialien II, 1, S. 487, 488.

56) In dem beim Urkunden-Aufgebot ergehenden Ausschlußurteil heißt es doch auch nur, daß die aufgebotene Urkunde für kraftlos erklärt werde (§ 1017 ZPO.). Nur die in den anderen Aufgebotsfällen ergehenden Urteile erklären diejenigen Beteiligten, die sich trotz Aufgebots nicht gemeldet haben, mit ihren Rechten für ausgeschlossen.

57) Vgl. ob., S. 23 ff.

58) Vgl. dazu oben, S. 30 ff.

59) Siehe Hellwig, System II, S. 97. Der bisherige Berechtigte wird also durch d. Ausschlußurteil ausgeschlossen. Auch nach Crome (a. a. O., S. 954), Obst (a. a. O., S. 314), Oertmann (S. 1307 f. z. § 800 BGB.), Staudinger (Anm. II, 3 b z. § 799 BGB.) verliert der bisherige Berechtigte, der sich im Aufgebotsverfahren nicht meldet, seine Rechte. Vgl. a. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 396 ff.

60) Hellwig, System II, S. 97 Anm. 20.

darf aber nicht an dem buchstäblichen Sinn dieses Ausdrucks ‚berechtigt' haften [61]), sondern muß ihn nach dem Sinn des Paragraphen auslegen, zumal da sich aus seiner Entwicklungsgeschichte ergibt [62]), daß ‚berechtigt' in § 1018 ZPO. nur den Sinn von ‚legitimiert' haben sollte. Immerhin wäre gerade mit Rücksicht auf den in den Beratungen zum Ausdruck gekommenen Willen und Zweck des Gesetzes eine etwas schärfere Fassung des sprachlichen Ausdrucks am Platze gewesen, die auch de lege ferenda für die im Entwurf befindliche neue Zivilprozeßordnung zu empfehlen wäre, um endgültig alle Unstimmigkeiten zu beseitigen.

Hellwig, der in seiner „Rechtskraft" [63]) noch die Meinung vertreten hatte, daß das Ausschlußurteil nicht nur die Wirkung habe, die ihm in seiner Eigenschaft als konstitutiver Rechtsakt gegenüber jedermann zukomme, sondern außer dieser Wirkung ihm auch die positive Bedeutung zukomme, daß es gegenüber dem Aussteller und den ausgeschlossenen Dritten die Eigenschaft des Antragstellers als des bisherigen berechtigten Inhabers der Urkunde feststelle, macht dann aber selbst die Einschränkung, daß durch das Ausschlußurteil — wie es sich nach seiner Ansicht darstellt — nicht rechtskräftig festgestellt werde, daß dies — nämlich die Erklärung des Antragstellers zum materiell Berechtigten — mit Recht geschehen sei. Dritte könnten gegen den Antragsteller die Rechte geltend machen, die sich für sie daraus ergäben, daß das Recht an der für kraftlos erklärten Urkunde ihnen zugestanden habe [64]). Diese Rechte seien abgesehen von Vertrags- oder Deliktsansprüchen nach den §§ 816/951 BGB. zu Grunde liegenden Rechtsgedanken zu bestimmen: sie gingen auf Herausgabe dessen, was der Antragsteller auf Grund der Geltendmachung eines ihm nicht zustehenden Rechts zum Nachteil des Berechtigten erlangt habe, also auf Abtretung der durch das Ausschlußurteil oder gemäß § 800 BGB. erlangten Rechte [65]). Warum Hellwig diesen Umweg einschlägt, um dem wirklich Berechtigten zu seinem Recht zu verhelfen, erscheint nicht recht ersichtlich. Die oben [66]) wiedergegebene Ansicht über

61) Vgl. a. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 394: Der Wortlaut ist eben nicht zu pressen.
62) Siehe Hahn, Materialien II, 1 S. 487/88.
63) Hellwig, Rechtskraft, S. 307.
64) Hellwig, (System II, S. 97) sagt selbst, die entgegengesetzte Meinung gebe er auf, weil diese Ausdehnung der Feststellungsurkunde nicht den nötigen Anhalt im Gesetze habe.
65) Hellwig, System II, S. 97.
66) Vgl. oben, S. 28 ff.

die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber führt jedenfalls zu annehmbareren Ergebnissen [67]).

Wie Hellwig, so wollen auch Klein, Junkermann und Mathieu [68]) dem Antragsteller durch das Ausschlußurteil materielles Gläubigerrecht geben, wobei sie aber nicht von der von Hellwig als Regel aufgestellten Voraussetzung, daß nur der aus der Urkunde Berechtigte antragsberechtigt sei, ausgehen. Klein und Junkermann führen etwa folgendes aus: Aus den drei Funktionen der Inhaber-Schuldverschreibung — Genitalfunktion: Entstehung der Forderung durch Ausstellung der Urkunde, Vitalfunktion: Übertragung des Forderungsrechts nur mit der Urkunde, Finalfunktion: Geltendmachung des in der Urkunde verbrieften Rechts nur gegen Vorlegung der Urkunde — könne zwar nicht auf einen Untergang der Forderung mit der Kraftloserklärung der Urkunde geschlossen werden [69]).

Mit der Kraftloserklärung der Urkunde müsse aber auch gemäß dem Wesen der Inhaber-Schuldverschreibung das Forderungsrecht des Berechtigten erlöschen, da Urkunde und Recht untrennbar miteinander verbunden seien, das Recht in der Urkunde verkörpert sei. Der Aussteller habe das Forderungsrecht, wie es jedem einzelnen über die Urkunde Verfügungsberechtigten zustehe, in der Urkunde zur Entstehung gebracht und mit ihr verbunden. Er wolle nur an den verfügungsberechtigten Inhaber der Urkunde leisten. Sei diese nun aber durch die Kraftloserklärung ihrer rechtlichen Kraft entkleidet, so brauche der Aussteller sein Leistungsversprechen gegen diese für kraftlos erklärte Urkunde nicht zu erfüllen und dürfe es auch in seinem Interesse nicht, wenn er nicht Gefahr laufen wolle, doppelt leisten zu müssen, da ja der Erwirker des Ausschlußurteils berechtigt sei, damit die Leistung, die in der für kraftlos erklärten Urkunde verbrieft war, zu verlangen. Da der Aussteller seinen Leistungswillen nur in der Urkunde durch seine Niederschrift bezw. Unterschrift bekundet habe [70]), und man die Kraftloserklärung so ansehen müsse, als ob durch sie gleichsam diese Niederschrift, die den Leistungswillen erkläre, ausgelöscht werde, so sei auch auf das Erlöschen des Forderungsrechts des Berechtigten bei

67) Siehe auch S. 33, Anm. 64.

68) Vgl. Klein, a. a. O., S. 40 ff.; Junkermann, a. a. O., S. 58, 60 ff.; Mathieu, a. a. O., S. 20, 34 ff.; ferner Reichhelm, a. a. O., S. 49; Jacobi, in Ehrenbergs Hdb., S. 396 ff.; auch Fey ist der Ansicht (a. a. O., S. 5), daß der Berechtigte durch das Ausschlußurteil seine Rechte verliere.

69) Vgl. a.: Meyer, a. a. O., S. 14 f.

70) Vgl. dazu insbesondere: Junkermann, a. a. O., S. 19.

Kraftloserklärung der Urkunde zu schließen. Der Berechtigte verliere durch das Ausschlußurteil seine Rechte [71]).

Einen Anspruch des Berechtigten aus ungerechtfertigter Bereicherung, wie ihn Hellwig [72]) geben will, lehnen Klein und Junkermann [73]) — im Gegensatz zu Mathieu [74]) — aber ab mit der Begründung, daß der Erwerber einer Schuldverschreibung auf den Inhaber selbst auf ein Aufgebot derselben zu achten und es seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben habe, wenn die Schuldverschreibung ohne sein Wissen aufgeboten und für kraftlos erklärt werde, und er Schaden dadurch erleide. Die Auffassung von Klein und Junkermann ist abzulehnen. Sie würde zu unmöglichen Konsequenzen führen. Es würde z. B. der Verwahrer oder Dieb einer Inhaber-Schuldverschreibung — also ihr bloßer Besitzer —, nachdem er diese vernichtet hat, das Aufgebotsverfahren betreiben können und durch das Ausschlußurteil zum materiell Berechtigten werden [75]). Der rechtmäßige Eigentümer würde — abgesehen von der Möglichkeit einer Anfechtung des Ausschlußurteils oder von vertraglichen oder Ansprüchen aus unerlaubter Handlung, die aber illusorisch sind, wenn die Täter vermögenslos sind und den Gewinn aus iher Handlungsweise bereits anderweitig verwandt haben — ohne irgend eine Rückgriffsmöglichkeit leer ausgehen. Eine unmögliche Auffassung! —

Gegen die Ansicht der Untrennbarkeit [76]) von Urkunde und Recht, diese „Verkörperungstheorie", wendet sich mit Recht Jacobi [77]). Er sagt, daß das Wertpapier nur „typisches Legitimationsmittel" [78]) sei, daß Urkunde und Recht

71) Diese Auffassung steht aber in krassem Gegensatz zu dem die Natur beherrschenden Grundsatz von der Erhaltung der Energie, dem Grundsatz, auf dem auch unser deutsches Rechtssystem beruht, daß nämlich die erworbenen Rechte ihrem Erwerber erhalten bleiben sollen (vgl. Manigk, Rektoratsrede, S. 5).

72) Hellwig, System II, S. 97.

73) Siehe Klein, a. a. O., S. 40 ff.; Junkermann, a. a. O., S. 60 ff.; vgl. a.: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 396 ff.

74) Vgl.: Mathieu, a. a. O., S. 20 ff., 34 ff.; ferner: Fey, a. a. O., S. 40 ff.; Meyer, a. a. O., S. 24 ff.

75) Und es müßte bei dieser Auffassung jeder Eigentümer einer Inhaber-Schuldverschreibung dauernd auf der Hut sein, daß nicht von einem anderen bezüglich derselben d. Aufgebotsverfahren betrieben würde, wodurch er dann seiner Rechte verlustig gehen würde. Siehe a.: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 394 f.

76) Vgl. z. B. a.: Crome, a. a. O., S. 954: Die Wirksamkeit d. Versprechens stehe u. falle mit d. Urkunde.

77) Vgl.: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 373 ff.; Derselbe, Grundriß, S. 86, 1.

78) Siehe: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 235, 374; Derselbe, Legitimationsmittel, S. 47.

nicht untrennbar miteinander verbunden seien, sondern auseinandergehen könnten. So könne der Eigentümer getrennt über Papier und Forderung verfügen, ein Spezifikant könne Eigentum an dem Papier erwerben, während das Forderungsrecht dem Berechtigten verbleibe. Und auch noch nach dem Untergang oder der Kraftloserklärung der Urkunde könne das Forderungsrecht weiter bestehen. Es bleibe dem bisherigen Berechtigten erhalten, der aber nur verhindert sei, es auszuüben, da die Urkunde durch die Kraftloserklärung ihre Legitimationskraft eingebüßt habe.

Eine so weitgehende Trennungsmöglichkeit von Papier und Recht, wie Jacobi sie annehmen will, daß z. B. der Eigentümer getrennt über Papier und Recht verfügungsberechtigt sein solle, steht m. E. mit der grundsätzlichen Regelung, daß bei Inhaberpapieren das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt [79]), in Widerspruch. Nimmt man eine so weitgehende Trennung von Papier und Recht als möglich an, so würde dadurch die Umlaufsfähigkeit und schnelle Verwertbarkeit der Inhaber-Schuldverschreibung empfindlich gehemmt werden. Man kann sich aber m. E. wohl der Ansicht Jacobis anschließen, daß durch die Kraftloserklärung das Forderungsrecht des bisherigen Berechtigten nicht untergeht [80]). Die Krafloserklärung steht eben mit der rechtlichen Natur der Inhaber-Schuldverschreibungen in Widerspruch. Aus der Zulassung der Kraftloserklärung ist auf eine Durchbrechung des Grundsatzes der Verknüpfung von Urkunde und Recht zu schließen [81]). Es handelt sich dabei um eine eigentümliche Loslösung des Rechts vom Papier. Es ist hier auf § 798 BGB. zu verweisen, wo doch auch nicht daran zu zweifeln ist, daß die Forderung, die die gegen die beschädigte alte eingetauschte neue Inhaber-Schuldverschreibung verkorpert, dieselbe geblieben ist, und auf den Fall, daß der Erstreiter des Ausschlußurteils sich gemäß § 800 BGB. eine neue Schuldverschreibung aushändigen läßt. Auch hier ist der Grundsatz der Verknüpfung

79) Vgl. Staub, a. a. O., Anm. 5 b zu § 365 HGB.; RGR. Komm. Vorbem. 1 vor § 793 BGB.

80) Vgl. dazu oben, S. 28 ff. — Derselbe Gedanke ist auch i. d. Materialien z. ZPO. (II, 1, S. 487, 488) ausgesprochen, daß nämlich der Berechtigte durch d. Ausschlusurteil nicht ausgeschlossen werd. soll, sondern seine Rechte behält. Also auch hier Möglichkeit d. Trennung von Papier u. Forderungsrecht.

81) Vgl. dazu a.: § 290 HGB., wonach nicht eingereichte Aktien — z. B. bei einer Zusammenlegung — für kraftlos erklärt werden können. Durch die Kraftloserklärung d. Aktie wird aber das Aktienrecht nicht vernichtet, auch nicht dem Aktionär entzogen.

von Urkunde und Recht durchbrochen [82]). Das in der alten Schuldverschreibung verbrieft gewesene Recht erscheint in diesen Fällen gleichsam in einem neuen Gewande.

Man darf den Sachbegriff bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber eben nicht überspannen [83]) und nicht die Verkörperung der Forderung in einem Papier als ihre wesentlichste Eigenschaft ansehen, sondern muß die Forderung, die Hauptsache, bei der Betrachtung in den Vordergrund stellen. Man muß sich dabei immer wieder vor Augen führen, daß die „Verkörperung" der Forderung in einer Urkunde nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, um die Forderung sichtbar und verkehrsfähig zu machen, erfolgt ist. Man kann doch z. B. nicht annehmen, daß die Forderung, die der Erstreiter des Ausschlußurteils geltend zu machen berechtigt ist, eine ganz neue Forderung darstellt. Das Gericht kann durch das Ausschlußurteil doch nicht eine ganz neue Forderung schaffen [84]). Es ist vielmehr die alte in dem für kraftlos erklärten Papier verbrieft gewesene Forderung, die der Erwirker des Ausschlußurteils geltend macht. Man wird z. B. auch nicht daran zwei-

82) Vgl. a.: Sächs. Ges. v. 6. März 1879, nach welchem das in einem Inhaberpapier verbriefte Recht nicht durch d. Untergang d. Papieres untergeht. Allerdings galt dieser Grundsatz nicht für alle Inhaberpapiere. Siehe a.: Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 663/64: Das Forderungsrecht müßte an sich mit der Vernichtung der Urkunde untergehen; ferner: Ritter, a. a. O., S. 162; Meyer, a. a. O., S. 14 ff.; Bacmeister, a. a. O., S. 75 ff.

83) Sehr weit gehen Cohnitz (a. a. O., S. 10 ff.) und Frankenstein (a. a. O., S. 381 ff.). Sie sehen in der Verknüpfung von Urkunde und Recht nur eine Fiktion. Frankenstein insbesondere führt aus (S. 382): Daß dagegen das Stück Papier einen Wert verkörpere, eine Forderung gegen eine Notenbank oder ein Gesellschafterrecht an einer Aktien-Gesellschaft verbriefe, sei reine Fiktion. Die Forderung gegen die Reichsbank auf Zahlung von 1000 kM. sei eine Obligation, wie jede andere. Daß sie nur dem zustehe, der ein über die Forderung ausgestelltes Stück Papier, die Banknote, vorzeige, sei eine dem Obligationenrecht angehörende Vorschrift, welche die Legitimation des Berechtigten betreffe. Wenn aber dadurch das an sich wertlose Stück Papier zur Verkörperung d. Forderung werde u. ihr so völlig gleichgestellt werde, daß sie gleichsam schon die Erfüllung der Forderung in sich trage, Wert u. Sache werde, so sei das reine Fiktion.

84) Vgl. Ritter, a. a. O., S. 162, IV; Meyer, a. a. O., S. 17; ähnl. a.: Schwerin, Wertpapiere, S. 48, 1 b: Soweit das Recht nur mit der Urkunde bestehen könne, also z. B. beim Wechsel od. b. d. Inhaber-Schuldverschreibung, sei mit der Vernichtung d. Urkunde die Ausübung u. Übertragung unmöglich geworden. Aber auch d. Recht aus dem Papier sei untergegangen. Nur gebe bei einigen Wertpapieren die Rechtsordnung die Möglichkeit, das untergegangene Recht wiederherzustellen. Das Mittel hierzu sei die Kraftloserklärung. — Vgl. a. Wolff, Sachenrecht § 71, IV: Sollte etwa bei Ersitzung ein. Inhaber-Schuldverschreibung die verbriefte Forderung untergegangen u. eine gleiche neue entstanden sein? (Vgl. a.: a. a. O., Anm. 18).

feln, daß, wenn eine Inhaber-Schuldverschreibung gestohlen ist, ihr Eigentümer doch noch Eigentümer der Forderung geblieben ist. Er kann die Urkunde, das bloße Legitimationsmittel, von dem Dieb herausverlangen [85]). M. E. würde das Aufgebotsverfahren gar nicht möglich sein, wenn man an eine unbedingte Verkörperung der Forderung in der Urkunde glaubte. Bei einer krassen Durchführung der Verkörperungstheorie würde für ein Aufgebotsverfahren bei zerstörten Inhaber-Schuldverschreibungen kein Raum mehr sein. Denn durch die Vernichtung der Urkunde würde auch das Forderungsrecht untergehen, der Eigentümer es verlieren. Eben um dies zu verhüten, eine ungerechtfertigte Schädigung des Eigentümers und eine ungerechtfertigte Bereicherung des Ausstellers, hat man das Aufgebotsverfahren geschaffen. Man muß aus seiner Zulassung darauf schließen, daß die Forderung auch ohne die Urkunde bestehen kann [86]).

Zum Vergleich kann hier vielleicht das französische Recht herangezogen werden, nach dem auch eine Trennung von Papier und Recht bei Inhaberpapieren möglich ist. Denn es erwirbt nach französischem Recht der gutgläubige Erwerber eines mit Opposition belegten Inhaberpapieres mit dem Papier nicht auch die in ihm verbriefte Forderung. Diese verbleibt vielmehr dem Opponenten. Der gutgläubige Erwerber hat nur ein wertloses Papier in Händen, während der Berechtigte auch ohne Vorlegung des Papieres die Leistung vom Schuldner verlangen kann. Es ist also auch nach französischem Recht eine Trennung von Papier und Recht möglich [87]).

Jacobi besonders wendet sich gegen die Auffassung Hellwigs von der materiellen Wirkung des Ausschlußurteils [88]). Er sagt, das Aufgebotsverfahren richte sich nur gegen die In-

85) Vgl. Cohnitz, a. a. O., S. 10: „Das Inhaberpapier ist kein Freiballon, sondern bleibt ein Fesselballon, der mit einem, wenn auch noch so langen Seil, mit seiner Ausgangsstelle verbunden ist."

86) Die Kraftloserklärung einer Inhaber-Schuldverschreibung ist ja auch sogar dann noch möglich, wenn ihr Inhaber sie absichtlich vernichtet hat. Dies spricht ebenfalls für die Möglichkeit ein. Trennung von Recht u. Papier. — Es ist hier weiter darauf zu verweisen, daß, wenn ein Ausschlußurteil infolge ein. Anfechtungsklage aufgehoben wird, das Recht wieder in das alte für kraftlos erklärte Papier zurückkehrt.

87) Allerdings können die titres au porteur den deutschen Inhaberpapieren nicht unbedingt gleichgestellt werden. Vgl.: Frankenstein, a. a. O., S. 382 u. d. dort angeführte Zitat aus der Rede von Dupuis (des titres au porteur relatifs). Siehe a.: Das Oppositionsgesetz v. 15. Juni 1872; ferner: Cohnitz, a. a. O., S. 15 ff.; Hausmeister, a. a. O,, S. 58 ff.

88) Vgl. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 394 ff.; Derselbe, Wertpapiere 1901, S. 119.

haber der Urkunde [89]), nicht deren frühere Eigentümer. Gemäß § 1018, 1 ZPO. sei der Erstreiter des Urteils dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen. Dies solle aber nicht heißen, daß der Erstreiter des Urteils jetzt der Berechtigte aus dem Papier sei, sondern nur, daß er wie früher, als er noch das Papier besaß, die Rechte aus ihm geltend machen könne. Der Wortlaut des § 1018 ZPO. sei eben nicht zu pressen. Die entgegengesetzte Auffassung führe mit Notwendigkeit zu dem Ergebnis, daß der Dieb des Papieres durch das Aufgebot eine dem Eigentümer gegenüber unanfechtbare Stellung erlange [90]). — Das Aufgebotsverfahren richte sich nur gegen die Inhaber, nicht die früheren Eigentümer, gebe dann also nur die Rechte des Besitzers, nicht des früheren Eigentümers: Die früheren Eigentümer würden nicht ausgeschlossen und behielten den Anspruch gegen den durch das Urteil Legitimierten auf Abtretung der Rechte aus dem Ausschlußurteil, wie vorher auf Herausgabe des Papieres [91]). Die Auffassung Hellwigs, daß der Erstreiter des Urteils die Stellung des Berechtigten erlange — wodurch die Papiereigentümer ausgeschlossen, ihr Nichtrecht durch das Aufgebotsverfahren festgestellt werde —, sei unhaltbar.

Jacobi [92]) modifiziert dann aber seine oben wiedergegebene Ansicht, daß der Papiereigentümer durch das Ausschlußurteil nicht ausgeschlossen werde, für den Fall, daß dieser erst nach dem Papierverlust des Antragstellers sein Recht am und aus dem Papier erworben hat. Diese Modifikation sei praktisch notwendig. Denn wenn das Ausschlußurteil nur die Legitimationskraft des Papieres und nicht auch das Recht des späteren Papiererwerbes beseitige, so könne der Schuldner dem Erstreiter des Urteils den Einwand des mangelnden Rechts, dem späteren Papiererwerber aber den Einwand der mangelnden Legitimation entgegenhalten, ohne daß der spä-

89) So a. d. vom Verfasser vertretene Auffassung üb. d. Wirkungen d. Aufgebotsverfahrens. Denn im Aufgebotsverfahren für Inhaber-Schuldverschreibungen ergeht die Aufforderung, sich zu melden, nur an die Inhaber; nicht an die Berechtigten (vgl. § 1008 ZPO.). Infolgedessen kann das in dem Verfahren ergehende Ausschlußurteil auch nur die Inhaber mit ihren Rechten ausschließen, nicht die Berechtigten.

90) Vgl. dazu: Hellwig, System II, S. 96/97, der dem unberechtigten Erstreiter d. Ausschlußurteils zwar materielles Gläubigerrecht geben, aber dem ausgeschlossenen Berechtigten einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gewähren will.

91) Bis hierher deckt sich d. Auffassung Jacobis mit der vom Verfasser vertretenen Auffassung üb. d. Wirkungen d. Ausschlußurteils, siehe oben, S. 28 ff.

92) Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 396; Derselbe, Grundriß, S. 88/89.

tere Papiererwerber sich vom Erstreiter des Urteils die Legitimation verschaffen könne. Denn der Erstreiter des Urteils könne dem späteren Berechtigten entgegenhalten, daß er — der Erstreiter — der letzte Inhaber des Papieres gewesen sei, jener also auch bis zum Urteil kein Recht am Papier erworben haben könne. Die Konsequenz wäre dann also, daß der Aussteller an keinen von beiden zu leisten brauchte. Jacobi folgt also in diesem Fall der Ansicht, daß das Ausschlußurteil auch das Forderungsrecht des Berechtigten vernichte.

Nach der Ansicht Jacobis wird derjenige, der nach dem Papierverlust des Antragstellers Eigentum an dessen Papieren erworben hat, durch das von diesem — nicht mehr Berechtigten — erwirkte Ausschlußurteil ausgeschlossen und geht aller Rechte verlustig. M. E. ist diese Ansicht Jacobis nicht mit dem in den Materialien zur ZPO. ausgesprochenen Gedanken, daß ein unbekannter Inhaber und unbekannter Berechtigter mit seinen Rechten nicht ausgeschlossen sein solle, vereinbar [93]). Man muß hier allerdings berücksichtigen, daß die Materialien nicht zur authentischen Interpretation einer Gesetzesstelle herangezogen werden dürfen [94]) und sie älter sind als das BGB. Hätte man aber den Ausschluß eines unbekannten Berechtigten — der etwa nach dem Papierverlust des Antragstellers das Papier gutgläubig von dem Dieb oder einem Dritten erworben hat — gewollt, so hätte man m. E. eine diesbezügliche Vorschrift in das Gesetz aufnehmen müssen, wie dies ja beantragt war, aber ausdrücklich abgelehnt wurde [95]). Aus der Nichtannahme dieses Antrages ist auf das Gegenteil zu schließen. Wäre man inzwischen anderer Ansicht geworden, so wäre bei Abfassung des BGB., bei der ja auch durch das Gesetz vom 17. Mai 1898 die Zivilprozeßordnung geändert wurde, Zeit gewesen, eine entsprechende Vorschrift aufzunehmen. Das ist aber nicht geschehen. Es bleibt also m. E. das Forderungsrecht aus der für kraftlos erklärten Urkunde auch demjenigen erhalten, der erst nach dem Verlust der Urkunde durch den Antragsteller — aber natürlich vor der Kraftloserklärung — Eigentum an ihr erworben hat. Er kann ebenso — wie der frühere Eigentümer [96]) — von dem durch das Urteil Legitimierten die Abtretung der Rechte aus demselben verlangen.

93) Dies gilt auch gegenüber den Ansichten Kleins und Junkermanns.
94) Sie sind keine Gesetze, würden aber dazu, wenn man sie zur authentischen Interpretation heranziehen würde.
95) Vgl.: Hahn, Materialien II, 1, S. 487/88.
96) Vgl.: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 395.

Die entgegengesetzte Auffassung Jacobis kann m. E. nicht anerkannt werden. Der Erstreiter des Ausschlußurteils kann nur behaupten [97]), daß er der letzte bekannte Inhaber des für kraftlos erklärten Papieres gewesen sei, nicht kann er behaupten, daß bis zum Urteil niemand Eigentum an der — ihm abhanden gekommenen oder gestohlenen — Urkunde erlangt haben könne. Dies wird durch die Vorschriften über den gutgläubigen Eigentumserwerb auch an abhanden gekommenen oder gestohlenen Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgeschlossen [98]).

Folgt man der Ansicht Jacobis, daß derjenige, der nach dem Papierverlust des Antragstellers die Urkunde erworben hat [99]), mit seinen Rechten ausgeschlossen sein und keinen Anspruch gegen den Erstreiter des Ausschlußurteils haben solle [100]), so ist zu bedenken, daß dann ein gutgläubiger Eigentumserwerb an abhanden gekommenen Inhaberpapieren, der durch die Einführung des § 935, II BGB. ausdrücklich ermöglicht worden ist, um das Vertrauen zu den Inhaberpapieren und ihre Umlaufsfähigkeit zu erhalten, fast völlig illusorisch wäre. Der gutgläubige Erwerber eines abhanden gekommenen Inhaberpapieres, von dem er gar nicht weiß, daß es abhanden gekommen ist, würde dann ja immer Gefahr laufen, sein eben erworbenes Eigentum durch ein von dem früheren Eigentümer eingeleitetes Aufgebotsverfahren, von dem er nichts erfährt, wieder zu verlieren. Wenn es schon durch die Einführung des § 935, II BGB. ermöglicht worden ist, daß auch an abhanden gekommenen Inhaberpapieren gutgläubig Eigentum erworben werden kann, und dadurch das des früheren Eigentümers erlischt, dann kann es nicht der Wille des Gesetzes sein, daß ein

97) Vgl.: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 396.

98) Vgl. a.: Hahn, Materialien II, 1, S. 488: Den Verlust der Urkunde gänzlich ungeschehen zu machen, wird durch d. Bedeutung d. Besitzes der Urkunde durch d. Dritten ausgeschlossen. Und Jacobi sagt ja auch selbst (in: Ehrenb. Hdb., S. 396), daß nach d. Papierverlust d. Antragstellers jemand Rechte am Papier erworben haben könne. Er sagt nämlich, der Aussteller könne dem die Aktivberechtigung leugnenden Schuldner nicht die Replik der Arglist engegensetzen. Denn, wenn d. Erstreiter d. Ausschlußurteils nicht Gläubiger sei, so handele der Schuldner einwandfrei, wenn er ihm die Zahlung verweigere.

99) Ein Dieb z. B. wird immer versuchen, ein von ihm gestohlenes Papier möglichst bald an einen Gutgläubigen zu veräußern, um sich d. Vorteile sein. Verbrechens zu sichern u. nicht durch d. Aufgebot, das der bestohlene Eigentümer ja doch wahrscheinlich sofort, nachdem er d. Diebstahl bemerkt hat, beantragen würde, nur noch ein entwertetes Papier in d. Hand zu behalten.

100) Vgl. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 398. Soll denn der Erstreiter d. Ausschlußurteils einen Anspruch gegen d. Aussteller auf Leistung und außerdem noch Ansprüche, gegen den Dieb z. B., haben?

gutgläubiger Erwerber eines abhanden gekommenen Inhaberpapieres — und noch viel weniger sein etwaiger Rechtsnachfolger — dieses eben erworbene Eigentum durch ein Aufgebotsverfahren, das der frühere Eigentümer ja doch baldmöglichst beantragen, und von dem der Erwerber u. U. nichts erfahren würde, wieder verlieren soll. Man würde ihm dann auf der einen Seite etwas geben, was ihm auf der anderen Seite sofort wieder genommen wird. Der Erwerber einer abhanden gekommenen Inhaber-Schuldverschreibung, von der er gar nicht weiß, daß sie abhanden gekommen ist, kann nicht — ausgenommen, wenn er Bankier ist (§ 367 HGB.) — gezwungen sein, täglich den Reichsanzeiger, die Zeitungen, die gerichtlichen Bekanntmachungen und die Anschläge in den Börsen, in denen Papiere aufgeboten werden, zu studieren, um seine Rechte zu wahren. Das würde eine zu große Belastung für ihn darstellen. Jacobi vertritt allerdings die gegenteilige Ansicht, daß nämlich derjenige die Aufgebote von Urkunden verfolgen müsse, aus denen er Rechte herleite [101]). Eine solche Forderung geht m. E. zu weit.

Die Ansicht Jacobis erscheint nicht vereinbar mit dem Grundsatz des § 935, II BGB. Und die Wahrscheinlichkeit, daß jemand von einem Aufgebotsverfahren, das von einem anderen bezüglich der ihm gehörigen Inhaber-Schuldverschreibung betrieben wird, etwas erfährt, ist doch trotz der in das Aufgebotsverfahren zum Schutze anderer eingefügten Bestimmungen [102]) immerhin nicht so groß, daß er unbedingt etwas davon erfahren müßte. Man kann ihm infolgedessen diese Nichtkenntnis nicht zum Nachteil ausschlagen lassen, da ihn gar kein oder doch nur ein sehr geringes Verschulden daran trifft, daß er von dem Aufgebotsverfahren nichts erfährt.

Infolge seiner oben angeführten Bedenken läßt Jacobi das Forderungsrecht des späteren Papiererwerbers durch das von dem früheren Eigentümer des Papiers erwirkte Ausschlußurteil untergehen. Man könnte vielleicht, um diese Bedenken auszuräumen, den Weg einschlagen, den Förster [103]) gibt. Dieser führt nämlich aus, wenn ein Nichtberechtigter ein Ausschlußurteil erlangt habe, dieser — nichtberechtigte — Antragsteller die Rechte aus der Urkunde nur im Namen des wirklichen Berechtigten geltend machen könne. Die Bedenken Jacobis würden bei einer solchen Lösung hinfällig sein. Denn der Aussteller könnte dann dem — nichtberechtigten — Er-

101) Vgl. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 397.
102) Vgl. oben, S. 25 f.
103) Förster, a. a. O., II, S. 977.

streiter des Ausschlußurteils nicht mehr den Einwand des mangelnden Rechts entgegenhalten, da er ja im Namen des Berechtigten handelt. Praktisch erscheint dieser Weg allerdings wenig brauchbar. Er ist nur dann gangbar, wenn der wirklich Berechtigte durch Zufall nachträglich und rechtzeitig noch etwas von dem Aufgebotsverfahren erfahren hat, so daß er seine Rechte wahren kann. Denn wenn z. B. ein Nichtberechtigter in Kenntnis seiner Nichtberechtigung ein Ausschlußurteil erstritten hat, wird er doch immer versuchen, sich möglichst schnell die Vorteile seiner Handlungsweise zu sichern, und der Aussteller einer Inhaber-Schuldverschreibung kann ja ebenso wie an den Inhaber der Urkunde an den durch das Urteil Legitimierten mit befreiender Wirkung leisten, ohne die Berechtigung des Erwirkers des Ausschlußurteils prüfen zu müssen.

IV.

Besonders interessant erscheinen die Wirkungen der verschiedenen Ansichten über das Ausschlußurteil in folgendem, sehr wohl denkbarem Fall. Dem E, der sich auf Reisen befindet, wird von Dieben das Haus ausgeräumt. Unter anderem werden ihm auch einige Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die er zu Hause in seinem Tresor aufbewahrte, gestohlen. Einer der Diebe, D, veräußerte die gestohlenen Schuldverschreibungen an den gutgläubigen X, dieser veräußert sie weiter an Y. Darnach kommt E von seiner Reise zurück, bemerkt den Diebstahl seiner Papiere, betreibt das Aufgebotsverfahren, um seine vermeintlichen Rechte — die er aber schon nicht mehr hat — zu wahren, und erwirkt ein Ausschlußurteil, ohne daß Y etwas davon erfährt.

IV. A. **Unter Zugrundelegung der vom Verfasser vertretenen Auffassung.**

Nach der vom Verfasser vertretenen Auffassung über die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber würde sich durch das von E erwirkte Ausschlußurteil in den Rechtsverhältnissen der Beteiligten nichts ändern. Y würden seine Rechte erhalten bleiben, da das ergangene Ausschlußurteil nur eine beschränkte Wirkung hat. Es setzt nur die auf Antrag des E aufgebotenen Schuldverschreibungen außer Kraft, ersetzt diesem den Besitz derselben und gibt ihm die Legitimation, die Rechte aus ihnen gegenüber dem Verpflichteten geltend zu machen. Es gibt ihm aber materiellrechtlich keine bessere Stellung, als er vorher hatte. Denn er hatte ja sein Eigentum durch den gutgläubigen Erwerb der Schuldverschreibungen durch X verloren. Y wird mit seinen Rechten nicht ausgeschlossen. Ihm ist durch das Ausschlußurteil nur die Möglichkeit genommen, sich durch die für kraftlos erklärten Schuldverschreibungen gegenüber dem Aussteller derselben zu legitimieren. Dies ist der einzige Rechtsnachteil, den er durch das von E erwirkte Ausschlußurteil erleidet. Er kann von diesem die Abtretung der Rechte aus dem Ausschlußurteil, u. U. die Aushändigung der neu ausgestellten Schuld-

verschreibungen [1]), oder Herausgabe der auf Grund des Ausschlußurteils empfangenen Leistung verlangen [2]).

IV. B. Versuch einer befriedigenden Lösung unter Zugrundelegung der abzulehnenden Auffassung über die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Nach der vom Verfasser abgelehnten Auffassung über die Wirkungen des Ausschlußurteils würde dagegen Y seine Rechte verlieren, und E materiell Berechtigter werden, ohne daß Y — abgesehen von § 957 ZPO. — irgendwie gegen das von E erwirkte Ausschlußurteil vorgehen könnte [3]). M. E. bleibt aber Y, wenn man einmal dieser abzulehnenden Ansicht folgt, immer noch gegen E ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung [4]). Es soll im folgenden versucht werden, auf der Grundlage dieses Anspruchs zu einer befriedigenden und gerechten Lösung zu gelangen.

Über die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sagen die Motive [5]) zum BGB., daß die Vorschriften des Entwurfs über die Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung (Kondiktionen) nicht beruhen „auf dem in der früheren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis mißverständlich aufgestellten und gehandhabten allgemeinen Billigkeitssatze, niemand dürfe sich mit dem Schaden eines anderen bereichern, noch auf dem ähnlichen der Versionsklage des Preußischen ALR. zu Grunde liegenden Prinzipe, daß derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines anderen verwandt worden, dasselbe in Natur zurückzufordern, oder evtl. für den Wert Vergütung zu beanspruchen berechtigt sei. Der Entwurf §§ 737—748 stellt die Grundsätze über die Kondiktionen wesentlich im Anschluß an die heutzutage herrschende und als richtig anzuerkennende Anschauung auf, wonach die

1) Die Neuausstellung von Schuldverschreibungen gemäß § 800 BGB. wird dann praktisch, wenn die Forderungen noch eine lange Laufzeit haben, und eine Weiterverwertung der Papiere beabsichtigt ist.

2) So auch die überwiegende Ansicht. Vgl. oben, S. 29, Anm. 46.

3) Vgl. Crome, a. a. O., S. 954; Fey, a. a. O., S. 5; Hellwig. System II, S. 97; Reichhelm, a. a. O., S. 49 f.; Junkermann, a. a. O., S. 58 ff.; Klein, a. a. O., S. 40 ff.; Mathieu, a. a. O., S. 20; Obst, a. a. O., S. 314; Örtmann, S. 1307/08 zu § 800 BGB. Staudinger, Anm. II, 3 b zu § 799; auch: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 396 ff. im Gegensatz z. der sonst von ihm vertretenen Auffassung.

4) Vgl. dazu: Crome, a. a. O., S. 981; Fey, a. a. O., S. 40 ff.; Hellwig, System II, S. 97; Mathieu, a. a. O., S. 34 ff.; Meyer, a. a. O., S. 24 ff.; Örtmann, S. 1308 z. § 800 BGB.; ferner: § 23, V d. Preuß. Ausf. Ges. v. 24. März 1879 z. Dt. ZPO.

5) Motive II, S. 829.

Kondiktionen persönliche Ansprüche auf Rückgängigmachung desjenigen an sich nach den maßgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts und Vermögenserwerbs sind, welcher eines Rechtsgrundes entbehrt."

So schreibt auch Otto v. Gierke [6]), der leitende Gedanke, dem das Gesetz bei der Gewährung des Bereicherungsanspruchs folge, sei die Herbeiführung eines Ausgleichs zwischen formellem und materiellem Recht im Sinne der sozialen Gerechtigkeit [7]). Auf der einen Seite sei erforderlich, daß eine Vermögensverschiebung mit rechtlicher Wirkungskraft eingetreten sei; es müsse wirklich Eigentum oder sonstiges Recht übergegangen, ein Recht erloschen, belastet oder sonst nachteilig verändert, eine Verbindlichkeit entstanden sein. Auf der anderen Seite aber werde vorausgesetzt, daß das Gesetz demselben Rechtserfolge, der im Einklang mit seinen Bestimmungen eingetreten sei, die innere Berechtigung abspreche. Zweifellos offenbare damit die Rechtsordnung einen ihr innewohnenden Zwiespalt und verbessere sich selbst, indem sie, was sie mit der einen Hand gebe, mit der anderen nehme.

M. E. treffen die Ausführungen in den Motiven und bei Gierke über die Möglichkeit der Gewährung eines Bereicherungsanspruchs auf den oben geschilderten Fall zu. Der Erwerb, den E gemacht hat, entbehrt des Rechtsgrundes. Grundlage für den Anspruch des Y gegen E ist § 812 BGB., dessen sämtliche Voraussetzungen m. E. erfüllt sind [8]).

Als erste Voraussetzung fordert § 812 BGB., daß jemand auf Kosten eines anderen „etwas" erlangt hat. Das besagt, daß irgendeine Vermögensmehrung, eine Bereicherung, auf der einen Seite vorhanden sein muß, die durch den Übergang eines Vermögensstück von der anderen Seite, auf der eine Vermögensminderung vorliegt, eingetreten ist. Die Bereicherung besteht bei E darin, daß er durch das Ausschlußurteil berechtigt ist, gegenüber dem Aussteller der für kraftlos erklärten Schuldverschreibungen die Rechte aus diesen geltend zu

6) O. v. Gierke, Bd. III in: Bindings Hdb., S. 995 ff.

7) so auch: Manigk, in: Anwendungsgebiet d. Vorschriften f. d. Rechtsgeschäfte, S. 52: Der Kondiktionsanspruch werde zur Herstellung des rechtlichen u. wirtschaftlichl. Gleichgewichts gegeben.

8) Vgl. dazu: Hellwig, System II, S. 97; Fey, a. a. O., S. 40 ff.; Mathieu, a. a. O., S. 34 ff.; Meyer, a. a. O., S. 24 ff.; Crome, a. a. O., S. 981; Örtmann, S. 1308 z. § 800 BGB.; vgl. ferner: Preußisch. Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 z. Dt. ZPO. § 23, Abs. V: Beim Aufgebot ein. gefundenen Sache wird zwar der Eigentümer, der sich nicht meldet, mit sein. Recht. ausgeschloss., er behält aber d. Anspruch auf Herausgabe d. durch d. Fund erlangten u. zur Zeit d. Erhebung d. Anspruchs noch vorhandenen Vorteils.

machen, daß E also ein Forderungsrecht erworben hat, während Y es durch das Ausschlußurteil verloren hat, sein Vermögen darum vermindert ist [9]).

Die zweite Voraussetzung des § 812 BGB. ist, daß dieses „etwas" — das Forderungsrecht des E gegenüber dem Aussteller der Schuldverschreibungen — auf Kosten eines anderen erlangt ist. Es genügt zu dem Begriff ‚auf Kosten eines anderen' jede den Vermögensstand des anderen treffende Beeinträchtigung, die ihrem Wesen nach eine Vermögensminderung ist [10]). Die Beeinträchtigung des Vermögensstandes des Y besteht darin, daß er durch die Kraftloserklärung der ihm gehörigen Schuldverschreibungen seine Forderung gegen deren Aussteller verloren hat, daß er durch das von E erwirkte Ausschlußurteil mit seinen Rechten ausgeschlossen worden ist. Zwischen der Vermögensminderung auf der einen und der Vermögensvermehrung auf der anderen Seite muß ein ursächlicher, unmittelbarer Zusammenhang bestehen, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung fordert. Es muß eine Vermögensverschiebung unmittelbar zwischen den Parteien stattgefunden haben [11]).

Man darf dieses Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung aber nicht zu eng umgrenzen. Es ist nicht unbedingt erforderlich, daß z. B. derselbe Gegenstand auf geradem Wege aus dem Vermögen des einen in das des anderen übergeht [12]). Man muß die Entscheidung, ob eine unmittelbare Vermögensverschiebung vorliegt oder nicht, vielmehr darauf abstellen, „ob derselbe einheitliche Vorgang dem einen Teil den Vorteil verschafft und dem anderen Teil den Nachteil zugefügt hat" [13]). Dies trifft für den vorliegenden Fall zu. Derselbe einheitliche Vorgang, das Ausschlußurteil, bzw. § 1018 ZPO., nimmt auf der einen Seite dem Y sein Forderungs-

9) Vgl. Planck, Bem. I, 1 z. § 812, S. 1619; Enneccerus, Lehrb. 23.—27. Aufl., Bd. I, 2, § 441, S. 629; Staudinger, Bem. I, 3 z. § 812; v. Mayr, a. a. O., S. 192.

10) Vgl.: Staudinger, Bd. II, S. 1675; RGR. Komm. II, S. 498; Planck, II, S. 1623, Bem. 2 b; Soergel, Komm. Bem. 5 z. § 812: Auf Kosten eines anderen erlangt ist alles, worauf dieser einen rechtlichen Anspruch, eine rechtl. begründete Anwartschaft hatte.

11) Vgl. RGZ. Bd. 66, 80; 73, 177; 92, 83; RGR. Komm. Bem. 3 zu § 812; and. Ans.: Enneccerus, Lehrb. 23.—27. Aufl., Bd. I, 2, S. 632, Bem. 4. Gegen Enneccerus ist zu sagen, daß sich das Erfordernis der Unmittelbarkeit d. Vermögensverschiebung aus den §§ 816, I u. 822 BGB. ergibt, die Ausnahmebestimmungen sein sollen. Vgl. ferner: Cosack, Lehrb., S. 701 f.; Warneyer, Komm. Bem. III zu § 812.

12) Vgl. Planck, II, S. 1624 c.

13) O. v. Gierke, in Bindings Hdb., S. 1005; vgl. a.: RGR. Komm. Bem. 3 zu § 812 BGB.

recht und gibt es auf der anderen Seite dem E. Hiermit haben wir auch die dritte Voraussetzung für die Anwendung des § 812 BGB. E erlangt zwar nicht durch eine Leistung [14]) des Y, aber in sonstiger Weise — eben das gemäß §§ 952, 1017 ZPO. ergangene Ausschlußurteil und § 1018 ZPO. — „etwas", das Forderungsrecht gegen den Aussteller der Inhaber-Schuldverschreibungen [15]).

Die letzte und wichtigste Voraussetzung für die Anwendung des § 812 BGB. ist, daß die Vermögensverschiebung ohne rechtlichen Grund, ohne rechtfertigenden Grund eingetreten sein muß [16]). Man hat die Beantwortung der Frage, wann eine Vermögensverschiebung des Rechtsgrundes entbehrt, der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen [17]). Die Meinungen gehen darüber auseinander. Entbehrt aber die zwischen E und Y eingetretene Vermögensverschiebung überhaupt des Rechtsgrundes? Denn man darf dann einen unter dem Schutz der Rechtsordnung erlangten Erwerb nicht als ohne Rechtsgrund erlangt ansehen, wenn nur sog. Gründe der höheren Gerechtigkeit und Billigkeitserwägungen dazu führen würden, ihn als ungerechtfertigt erscheinen zu lassen [18]). Damit dem Geschädigten ein Bereicherungsanspruch zugebilligt werden kann, muß vielmehr eine den anerkannten Fällen gleichwertige Diskrepanz zwischen dem formalrechtlichen Ergebnis und der materiellen Gerechtigkeit vorliegen [19]). Man

14) Es ist hier vielleicht darauf zu verweisen, daß eine durch Leistung mit Leistungswillen entstehende Bereicherung „eben wegen dieses Leistungswillens zunächst als eine gerechtfertigte erscheint u. erst aus besonderen Gründen als rückforderbar" (vgl.: Jung, Bereicherungsanspruch, S. 27); dies ist aber nicht ohne weiteres der Fall b. der „auf sonstige Weise" eintretenden Bereicherung (vgl.: Staudinger II, S. 1675; Windscheid, a. a. O., Bd. II, § 422; Enneccerus, Lehrb., Bd. I, 2, 23.—27. Aufl., S. 640, Abs. III.

15) Vgl. dazu: O. v. Gierke, in Bindings Hdb., S. 1003, Anm. 34: Auch eine behördliche Handlung, z. B. unrichtige Eintragung, Zuschlagung d. Grundeigentums, Zwangsvollstreckung, könne d. Vermögensverschiebung herbeiführen; so a.: RGR. Komm. Bem. 5 zu § 812: Das Erlangen in sonstiger Weise kann auch i. d. Bereicherung durch d. Handlung ein. Dritten bestehen. Der Dritte kann auch ein Beamter sein, was z. B. i. d. Zwangsvollstreckung praktisch wird. — Ob man dies allerdings auch auf richterl. Handlungen ausdehnen kann, erscheint vielleicht bedenklich. Denn im allgemeinen gilt d. Grundsatz, daß gegenüber einem rechtskräftigen Urteil ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht mehr gegeben ist.

16) JW. 1906, S. 70; Enneccerus, Lehrb. I, 2, § 442, S. 634; Staudinger, Bem. I, 4 zu § 812.

17) Vgl.: Dernburg, a. a. O., § 374, Anm. 12; Staudinger, Bem. I, 4 zu § 812, S. 1680.

18) Vgl. RGZ., Bd. 53, S. 286: Das bloße Billigkeitsgefühl könne nicht entscheidend sein; s. a.: RGZ., Bd. 67, 243; v. Mayr, a. a. O., S.420 f.

19) Vgl. O. v. Gierke, in Bindings Hdb., S. 998.

muß aber dann eine Vermögensverschiebung als ohne rechtlichen Grund eingetreten ansehen, „wenn sie nach den übrigen Bestimmungen der Rechtsordnung ungültig ist, wenn sich die nach technisch geformtem Recht eingetretene Rechtsänderung in ihrem sachlichen Bestande als richtiges Recht nicht behaupten läßt“ [20]). Es ist zwar die Rechtsverschiebung durch eine gesetzliche Vorschrift gerechtfertigt, nicht aber die Vermögensverschiebung. Wenn § 812 BGB. davon spricht, daß „etwas“ ohne rechtlichen Grund erlangt ist, so meint er das Vorliegen eines formellen oder auch irgendeines anderen Rechtsgrundes, der aber einen Fehler aus Gründen „des Rechts“, d. h. des höheren Rechts hat. Es ist zweierlei Recht, das in Widerstreit gerät [21]). So beruht vielfach die trotz mangelnden Rechtsgrundes eingetretene Rechts- und Vermögensverschiebung auf dem auch dem römischen Recht bekannten Gegensatz zwischen dem formell gültigen abstrakten Akt, im vorliegenden Fall das Ausschlußurteil, sonst z. B. Auflassung, Übergabe, Erlaß, Schuldversprechen, und dem materiellen Rechtsgrunde, die durch die Zulassung eines Bereicherungsanspruchs wieder ausgeglichen werden muß [22]).

Wann ein Bereicherungsanspruch gegeben werden kann, bzw. wann ein Erwerb ohne Rechtsgrund geschehen ist, ist „eine Frage nach den höchsten Zielen der Rechtsordnung. Es handelt sich um die Verwirklichung des materiellen Prinzips der Gerechtigkeit gegenüber Erscheinungen (Rechtswirkungen), die das Gesetz aus anderen Gründen: der Sicherheit, Beschleunigung und Vereinfachung des Verkehrs nicht selten zuläßt. Diese Rechtswirkungen bestehen infolge ihrer Zulassung. Sonst könnte von einer obligatorischen Ausgleichung nicht die Rede sein. Aber weil sie gegen das oberste Rechtsprinzip [23]) verstoßen, soll wenigstens ihre vermögensrechtliche Wirkung unter den Beteiligten ausgeglichen, die daraus entspringende Vermögensbereicherung zurückgegeben werden“ [24]).

20) Soergel, Komm. Anm. 7 zu § 812; vgl. a.: RGR. Komm. Vorbem. 1 vor § 812 BGB.

21) Vgl. H. d. R., Bd. VI, S. 211.

22) Vgl.: Staudinger, Bem. I, 4 zu § 812 BGB.; ferner: Motive II, S. 830: Ist durch einen den Vermögensübergang an sich begründenden Akt das Vermögen des einen vermindert u. das Vermögen eines anderen vermehrt, und fehlt hierzu ein rechtlicher Grund, so hat jener gegen den letzteren den persönlichen Anspruch auf Zurückgewährung des ohne Rechtsgrund Empfangenen.

23) Vgl. dazu: Manigk, Rektoratsrede, S. 5: Deutschrechtl. Grundsatz d. Erhaltung d. erworbenen Rechte.

24) Crome, a. a. O., S. 979. — Ähnl.: Planck, II, S. 1635/36; Staudinger II, S. 1675, I, 2 e; v. Gierke III., S. 995/996; Enneccerus, Lehrb. I, 2, S. 640, III; Dernburg, a. a. O., § 374, IV. S. 592.

Hellwig sagt von einem auf Grund Gesetzes eingetretenen Rechtsverlust, daß die Ausgleichung einer Vermögensverschiebung, die kraft Gesetzes eingetreten sei, durch Gewährung eines Bereicherungsanspruchs nur dann stattfinden könne, wenn das Gesetz einen solchen ausdrücklich gebe [25]). Und man könnte sagen, daß der auf Grund Gesetzes [26]) — das ergangene Ausschlußurteil und § 1018 ZPO. — eingetretene Rechtserwerb des E gar nicht des Rechtsgrundes entbehre. Denn es ist ein Bereicherungsanspruch dann nicht gegeben, wenn aus Sinn und Zweck eines Gesetzes zu entnehmen ist, daß ein Tatbestand, an den es einen Rechtsverlust anschließt, den endgültigen Verlust des Vermögenswertes einschließen soll, wie dies z. B. bei der Ersitzung, der Verjährung und der Ausschlußfrist der Fall ist [27]). Durch diese Einrichtungen soll aber nach Verstreichen eines bestimmten Zeitraumes endgültig Ruhe geschaffen werden. Es ist außerdem bei der Ersitzung zu berücksichtigen, daß der Ersitzende während der ganzen Ersitzungszeit die Lasten der ersessenen Sache getragen hat, und auch dadurch der endgültige Rechtsverlust zu rechtfertigen ist. Bei der Verjährung hat es sich derjenige, der Schaden erleidet, selbst zuzuschreiben. Er hat sich ja während der ganzen Verjährungszeit nicht um seine Interessen gekümmert.

Über die Frage des Rechtsverlustes kraft Gesetzes und des Ausschlusses eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung sagen die Motive zum BGB. [28]), daß man eher der Ansicht folgen müsse, die in dem Abs. II des § 748 des Entwurfs zum BGB. ausgesprochen sei. Dieser sagt nämlich, daß ein kraft Gesetzes eintretender Rechtsverlust im Zweifel nicht als ungerechtfertigt anzusehen sei. Wenn in einem solchen Falle ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung doch gegeben sein solle, so müsse dies ausdrücklich immer im Gesetz ausgesprochen sein.

25) Siehe: Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 135. — Er scheint aber inzwischen seine Ansicht geändert zu haben. Vgl.: Hellwig, System II, S. 97, wo er dem durch d. Ausschlußurteil ausgeschlossenen wirklichen Berechtigten einen aus den §§ 816/951 BGB. zu entwickelnden Anspruch geben will.

26) Vgl. dazu: Reichel, a. a. O., S. 13: Das rechtskräftige Urteil ist das Gesetz des Einzelfalles.

27) Vgl. Planck II, S. 1635, Abs. III b; Staudinger, Bem. I, 4 b zu § 812 BGB.; s. a. auch: WO. § 83; Scheck-Ges. § 21; §§ 1793, 2 und 1989 BGB.; vgl. weg. ein. Bereicherungsanspruchs im Falle d. Ersitzung: Wolff, Sachenr. § 71, IV; Jung, Bereicherungsanspruch, S. 34 f., der die Kondiktionslage b. d. Ersitzung als gegeben ansieht, einen Bereicherungsanspruch aber verneint (kein oblig. Rückgriff nach so langer Zeit). Auch bei § 964 BGB. wird fast allgemein ein Bereicherungsanspruch verneint.

28) Vgl.: Mot. II, S. 852.

In dieser Vorschrift des § 748, II des Entwurfs zum BGB. würde die Auffassung, daß ein gesetzlich bestimmter Rechtsverlust endgültig und die hierdurch herbeigeführte Bereicherung nicht ungerechtfertigt sei, eine beträchtliche Stütze finden. Weiter heißt es dann aber, daß das Gesetz nicht immer unbedingt eine solche Anordnung — nämlich die Möglichkeit einer condictio sine causa — enthalten müsse, es genüge, wenn man eine solche Möglichkeit der condictio aus der Auslegung des Gesetzes entnehmen könne. In einigen Fällen, in denen das Gesetz den an den Rechtsverlust sich knüpfenden Vermögensverlust des seitherigen Berechtigten nicht sanktionieren könne, sei die Möglichkeit einer condictio ausdrücklich ausgesprochen worden.

Der Abs. II des § 748 des Entwurfs zum BGB. wurde zudem später gestrichen, und man hatte auch schon vorher gesagt [29]), daß das Gesetz unmöglich in allen Fällen aussprechen könne, eine Rechtsänderung solle nur unbeschadet eines Bereicherungsanspruches eintreten. Man hat dieses aus dem Grunde nicht getan, um kein argumentum e contrario zu schaffen, das dann, wenn man eine erschöpfende Aufzählung der Bereicherungsansprüche vorzunehmen versucht hätte, ja doch sehr nahe gelegen hätte [30]).

Wir sehen also einmal in den Motiven zum BGB. den Gedanken ausgesprochen, daß nicht jeder Rechtsverlust, der auf Grund einer Gesetzesbestimmung eintritt, ein endgültiger sein sall. Eine solche Gesetzesbestimmung soll nicht immer ein „rechtlicher Grund" sein. Man hat absichtlich nicht überall, wo ein Rechtsverlust kraft Gesetzes eintritt, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben, um kein argumentum e contrario zu schaffen.

Weiter sagen die Motive zum BGB. [31]), ob die Möglichkeit eines Bereicherungsanspruches bei einem Rechtsverlust kraft Gesetzes gegeben sein solle, müsse aus der Gesetzesauslegung ermittelt werden. Zu der Auslegung des § 1018 ZPO. müssen auch die Materialien zur ZPO., aus denen sich die Entstehungsgeschichte des Paragraphen ergibt,

29) Vgl. Mot. II, S. 853; ferner: Mugdan, Materialien, S. 1171.

30) Siehe dazu: §§ 323, 327, 543, 628, 516, 527, 531, 951, 977, 1301, 1539, 2196, 2287 BGB.; ferner: §§ 682, 684, 988, 993, 1399, 1973, 2021 BGB. Siehe auch Elster in H. d. R., Bd. VI, S. 212, 213: Der Hinweis auf den Bereicherungsanspruch in dies. gesetzl. Bestimmungen solle keineswegs eine erschöpfende Aufzählung f. d. Anwendbarkeit des Bereicherungsanspruchs darstellen. Er solle vielmehr nur die Richtung zeigen, in der an die Anwendbarkeit d. Bereicherungsanspruchs gedacht sei. Vgl. ferner: Jung, Ber. Anspr., S. 26; v. Mayr, a. a. O., S. 39; v. Gierke, in Bindings Hdb., S. 997/998.

31) Vgl.: Mot II, S. 852.

herangezogen werden [32]). In den Materialien ist aber ausdrücklich ausgesprochen, daß ein Ausschluß unbekannter Berechtigter nicht stattfinden solle, während ein Antrag, der die entgegengesetzte Bestimmung enthielt, abgelehnt wurde [33]). Man könnte demgegenüber einwenden, daß die Materialien zur ZPO. infolge des langen Zurückliegens der in ihnen wiedergegebenen Beratungsergebnisse nicht mehr zur authentischen Interpretation einer Gesetzestelle herangezogen werden dürften. Wenn man nun aber auf dem Standpunkt steht, durch das Ausschlußurteil werde dem Antragsteller materielles Gläubigerrecht gegeben, der Berechtigte mit seinen Rechten ausgeschlossen, so muß man m. E. aus der Auslegung [34]), dem Sinn und Zweck des Aufgebotsverfahrens [35]) heraus doch immer noch dem ausgeschlossenen Berechtigten — Y — einen Bereicherungsanspruch gegen den nichtberechtigten Erstreiter des Ausschlußurteils — E — zubilligen. Allerdings würde dies ein Abweichen von dem anerkannten Grundsatz bedeuten, daß gegenüber einem rechtskräftigen Urteil ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht mehr gegeben ist [36]). Es liegt hier aber eine so weitgehende Diskrepanz zwischen formellem Recht und materieller Gerechtigkeit vor, daß wohl ein Abgehen von diesem allgemein geltenden Grundsatz angebracht erscheint [37]).

32) Außerdem muß man m. E. auch den § 23, V. d. Pr. Ausf.-Ges. z. dt. ZPO. v. 24. März 1879 zur Auslegung heranziehen. Danach behält der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Eigentümer ein. gefundenen u. aufgebotenen Sache einen Anspruch auf Herausgabe d. durch d. Fund erlangten und z. Zt. d. Erhebung d. Anspruchs noch vorhandenen Vorteils. In dem genannten Paragraphen ist d. Rechtsverlust sogar deutl. ausgesprochen, in §§ 1017, 1018 ZPO. dagegen nicht!

33) Vgl. oben, S. 27.

34) Vgl. Manigk, in JW. 1930, I, S. 234 bezügl. Auslegung eines Gesetzes. — Vgl. ferner: Manigk in H. d. R. Bd. I, S. 428 ff.

35) Zweck d. Aufgebotsverfahrens ist allein, die aufgebotenen Urkunden für kraftlos zu erklären und dem Antragsteller d. Legitimation wieder zu verschaffen. Außerdem soll es durch d. in dasselbe zum Schutze Dritter eingefügten Bestimmungen dafür sorgen, daß möglichst jeder, den es angeht, etwas davon erfährt u. seine Rechte wahren kann. Auch hieraus kann man m. E. dem Y schon einen Bereicherungsanspruch gegen E zubilligen.

36) Vgl. z. B. die Begründung in: RGZ. Bd. 46, S. 78; siehe hierzu ab. auch d. Ausführungen von Reichel, a. a. O., S. 11 ff., der sehr gut darstellt, daß das, was in einem rechtskräftigen Urteil zugesprochen worden ist, doch noch einer Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung unterliegen kann. Etwas kann zwar „rechtmäßig", aber doch nicht „gerechtfertigt" zugesprochen sein.

37) Es liegt die für die Gewährung eines Bereicherungsanspruchs von Gierke geforderte, den „anerkannten Fällen gleichwertige Diskrepanz zwischen dem formalrechtlichen Ergebnis u. d. materiellen Gerechtigkeit" vor (vgl.: O. v. Gierke in Bindings Hdb., S. 998).

Es ist hier weiter auch m. E. zu bedenken, daß dann, wenn man annimmt, das Ausschlußurteil bezw. § 1018 ZPO. lasse auch keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, die Bestimmung, daß auch an abhandengekommenen Schuldverschreibungen auf den Inhaber ein gutgläubiger Eigentumserwerb möglich ist, fast gänzlich illusorisch wäre. Ein gutgläubiger Erwerber einer abhanden gekommenen Inhaber-Schuldverschreibung — die er auch wieder weiterveräußern kann — bekäme dann durch das Gesetz (§ 935, II BGB.) auf der einen Seite etwas, was ihm auf der anderen Seite (§ 1018 ZPO. und das ergangene Ausschlußurteil) sogleich wieder genommen werden würde, falls er von einem Aufgebotsverfahren, das von dem Eigentümer des abhanden gekommenen Papieres nach Entdeckung des Verlustes ja doch bald eingeleitet werden würde, nichts erfährt. Denn trotz der mannigfachen Vorschriften, die in der ZPO. getroffen sind, um eine Schädigung unbekannter Berechtigter zu verhüten, ist das Aufgebotsverfahren doch nicht so vollkommen, daß unbedingt jeder Berechtigte etwas von ihm erfahren müßte. Und soll man Y, der nichts von dem Aufgebotsverfahren erfahren hat, dies zum Nachteil ausschlagen lassen? Hätte er etwas davon erfahren, so wäre E auch nicht besser gestellt worden als vorher, und das von ihm beantragte Aufgebotsverfahren hätte dadurch, daß Y seine Rechte anmeldete, seine Erledigung gefunden.

Wir haben weiter oben gesehen[38]), daß der Grundgedanke der Bereicherungsklage ist, gegenüber Rechtswirkungen, die aus äußeren, formalen Gründen, aus Gründen der Erleichterung, Vereinfachung und Beschleunigung des Verkehrs vom Gesetz zugelassen sind, den Anforderungen der Gerechtigkeit aber nicht genügen, materiell nicht gerechtfertigt sind, einen Ausgleich zu schaffen. Die äußeren, formalen Gründe, aus denen Y durch das Ausschlußurteil bezw. den § 1018 ZPO. seine Rechte verliert, sind, daß E nicht dauernd im Ungewissen über das Schicksal der ihm gestohlenen Schuldverschreibungen bleiben, daß das von ihm betriebene, kostspielige Aufgebotsverfahren sich nicht über Gebühr hinziehen kann und schließlich auch auf die Gefahr hin, dadurch in die Rechte eines anderen einzugreifen, zu einem Abschluß gebracht werden muß. Ein anderer formaler Grund wäre, daß Y, da er von dem von E beantragten Aufgebotsverfahren nichts erfährt und infolgedessen seine Rechte nicht anmeldet, diese durch das Ausschlußurteil bezw. § 1018 ZPO. verliert.

38) Siehe oben, S. 46 f.

Materiell ist dieser Rechtsverlust nach den voraufgegangenen Erörterungen aber nicht gerechtfertigt, er soll nicht endgültig sein, aus dem Sinn und Zweck des ganzen Aufgebotsverfahrens ist er nicht zu entnehmen. Es würde nicht den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechen, wenn man Y einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen E versagen würde, sondern es erscheint als billig und gerecht, ihn zuzulassen [39]). Diese Lösung würde auch einer gerechten Interessenabwägung beider Teile entsprechen [40]). Denn E [41]) hat gegen den Dieb, der die Schuldverschreibungen an X verkauft hat, Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB.), aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff., 816 BGB.) oder aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.), kann sich also an D schadlos halten. Es würde im höchsten Grade ungerecht sein, ihm außerdem die ihm durch das Ausschlußurteil bezw. § 1018 ZPO. gegebenen Ansprüche gegen den Aussteller der Schuldverschreibungen zu belassen und Y einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen ihn zu versagen [42]). Und dieser dürfte gegen X wohl kaum irgendwelche Ansprüche haben [43]).

Denn der Verkäufer eines Wertpapieres ist nur verpflichtet, dem Käufer das Papier zu übergeben und die Befugnis zu verschaffen, das in dem Papier verbriefte Recht geltend zu machen. Er haftet für Sachmängel [44]) und für Rechtsmän-

39) Vgl. dazu: § 23, V d. Preuß. Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 zur dt. ZPO., wonach zwar beim Aufgebot einer gefundenen Sache der Eigentümer, der sich im Aufgebotsverfahren nicht gemeldet hat, mit seinen Rechten an der Sache ausgeschlossen wird, aber den Anspruch auf Herausgabe des durch den Fund erlangten u. z. Zt. der Erhebung des Anspruchs noch vorhandenen Vorteils behält (also trotz gesetzlich bestimmten Rechtsverlustes doch noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen denjenigen, der das Aufgebotsverfahren betrieben hat). Dem oben entwickelten ähnliche Gedankengänge finden sich insbesondere bei Crome (a. a. O., S. 981); Fey (a. a. O., S. 40 ff.); Mathieu a. a. O.,S. 34 ff.); Meyer (a. a. O., S. 24 ff.); vgl. ferner: Hellwig, System II, S. 97; Oertmann, S. 1308 zu § 800 BGB.

40) Sie würde wesentlich zur „Herstellung d. wirtschaftl. u. rechtl. Gleichgewichts" zwischen E u. Y beitragen (Vgl.: Manigk, Anwendungsgebiet d. Vorschr. f. d. Rechtsgesch., S. 52).

41) Auf ihn würde vor allem der Grundsatz „casum sentit dominus" anzuwenden sein, daß nämlich jeder den in seiner Rechtssphäre eintretenden Schaden selbst zu tragen hat.

42) Es ist hier auf den dem § 255 BGB. zu Grunde liegenden Gedanken der Vorteilsausgleichung zu verweisen.

43) Es würde übrigens ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen E nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß Y gegen X aus irgend einem Grunde einen Ersatzanspruch haben würde (vgl.: RG. i. Ziv. Sach., Bd. 48, S. 139 ff.).

44) Vgl. RGZ., Bd. 59, S. 244.

gel [45]). (§§ 459, 434, 437 BGB.). Eine Haftung auf Grund von § 437, I BGB. — von Sachmängeln der verkauften Schuldverschreibungen sagt der Tatbestand nichts — kommt nicht in Betracht, da das verkaufte Recht zur Zeit des Kaufabschlusses noch bestand. Auch § 437, Abs. II BGB. kommt nicht zur Anwendung, da der Verkäufer eines Wertpapieres unbedingt nur dafür haftet, daß es beim Kaufabschluß nicht aufgeboten ist, bezw. eine erste gerichtliche Handlung und öffentliche Bekanntmachung nicht stattgefunden hat [46]). Würde nach dem Kaufabschluß X die Schuldverschreibungen noch in Händen gehabt haben, und wären sie dann vor der Übergabe an Y aufgeboten und für kraftlos erklärt worden, so würden die §§ 323 ff. BGB. Anwendung finden [47]). Aber auch hiervon sagt der Tatbestand nichts, sodaß eine Haftung des X gegenüber Y entfällt. Es erscheint also bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile als rechtlich und wirtschaftlich gerechtfertigt, Y gegen E einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zuzubilligen.

In welchem Umfange E die Bereicherung herauszugeben hat, bestimmt sich nach § 818 BGB. E hat den Zuwachs, den er zu seinem Vermögen bekommen hat, an Y wieder herauszugeben. Es ist aber lediglich der sich ergebende Überschuß (Saldo-Theorie) herauszugeben [48]). Etwaige Vermögensminderungen, die mit der Bereicherung im Zusammenhang stehen, sind abzugsfähig [49]). Es wären dies die Aufwendungen, die E zur Erlangung der Bereicherung gemacht hat, also die Kosten des Aufgebotsverfahrens. — E würde zunächst einmal, wenn er bereits auf Grund des Ausschlußurteils von dem Aussteller der Schuldverschreibungen eine Leistung erhalten hat, diese an Y herausgeben müssen. Hat er sich gemäß § 800 BGB. neue Schuldverschreibungen ausstellen lassen — was dann praktisch ist, wenn die Forderungen noch eine lange Laufzeit haben, und er sie weiterverwerten will —, so muß er diese herausgeben. Hat er bereits Zinsen empfangen, so muß er diese herausgeben, auch den Erlös, falls er die neuen Schuldverschreibungen schon wieder weiterveräußert hat [50]).

45) Vgl. RGZ. Bd. 108, S. 317; 109, 297.
46) Vgl. Planck II, S. 622 zu § 437 BGB.; vgl. ab. auch: Warneyer, Komm. Bem. III zu § 437, S. 758.
47) Vgl. Staub IV, S. 430 zu § 381 HGB.; Planck II, S. 661 zu § 437 BGB.
48) Vgl. Planck II, S. 1682 Bem. e; RGR. Komm. Bem. 7 zu § 818 BGB.; Warneyer, Komm. Bem. I zu § 818 BGB.
49) Vgl. RGR. Komm. Bem. 7 zu § 818 BGB.
50) Soergel, Komm. Bd. I, S. 1190/91; Oertmann II, S. 1355.

Seine Herausgabepflicht entfällt aber, wenn er nicht mehr bereichert ist, denn er haftet nur, soweit er noch bereichert ist. Es sind dafür „nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend“ [51]). Hat er also z. B. den Erlös aus den verkauften Schuldverschreibungen zu Aufwendungen, die er unter anderen Umständen nicht gemacht hätte [52]) — etwa einer teueren Reise oder einer kostspieligen ärztlichen Behandlung —, verwandt, so entfällt seine Herausgabepflicht [53]). Zu einem ähnlichen Ergebnis würde man kommen, wenn man der Ansicht Försters [54]) folgt und auch, wenn man der vom Verfasser vertretenen Auffassung über die Wirkungen des Aufgebots von Schuldverschreibungen auf den Inhaber folgt, daß ein Ausschluß eines unbekannten Berechtigten überhaupt nicht statfinden solle. Auch hier müßte E. die Leistung, die er auf Grund des Ausschlußurteils bezw. des § 1018 ZPO. vom Aussteller erlangt hat, als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben.

Gangbar erscheint auch folgender Ausweg, den Mathieu [55]) gibt, um dem durch ein Ausschlußurteil ausgeschlossenen Berechtigten wieder zu seinem Recht zu verhelfen [56]). Oertmann [57]) verweist auf Mathieu in seinen Ausführungen zu § 800 BGB. Der Gedankengang Mathieus, der Y gegen E — in entsprechender Anwendung — einen Anspruch aus § 816, I Satz1 BGB. geben will, ist ähnlich dem oben entwickelten. Mathieu kommt zu dieser entsprechenden Anwendung des § 816 BGB., weil man nicht allgemein sagen könne, daß eine Rechtsvermutung dafür bestände, daß ein Erlangen „in sonstiger Weise“ (§ 812 BGB.) meist nicht gerechtfertigt sei [58]). Er geht dabei aus von der — inzwischen geän-

51) Planck II, S. 1682 e.
52) Vgl.: RGR. Komm. Anm. 7 zu § 818 BGB.; Warneyer, Komm. Bem. II zu § 818 BGB.
53) Für die Anwendung des § 819 BGB. erscheint nach d. Tatbestande kein Anlaß.
54) Förster, a. a. O. II, S. 977.
55) Mathieu, a. a. O., S. 20 ff.; 34 ff. — Vgl. dazu a. Fey, S. 44 ff.
56) Auch Hellwig (vgl.: Hellwig, System II, S. 97) deutet ihn an: Das Ausschlußurteil mache auch den — nichtberechtigten — Erstreiter zum materiell Berechtigten. Aber damit werde einem Dritten — Berechtigten — gegenüber nicht rechtskräftig festgestellt, daß dies mit Recht geschehen sei. Dieser Dritte könne einen aus den den §§ 816/951 BGB. zu Grunde liegenden Rechtsgedanken zu entwickelnden Anspruch geg. d. Erwirker d. Ausschlußurteils haben.
57) Oertmann, Bem. 5 zu § 800 BGB.
58) Mathieu, a. a. O., S. 34 .

derten[59]) — Ansicht Cosacks[60]), daß die Kraftloserklärung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber zweischneidig wirke, indem sie einmal den Antragsteller begünstige, und andererseits den Papierbesitzer schädige. Jener erlange ein Forderungsrecht gegen den Aussteller der für kraftlos erklärten Papiere, dieser verliere alle seine Rechte aus den Papieren. Doch könne dieser Papierbesitzer einen Anspruch aus Delikt, bzw. ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Antragsteller haben.

Mathieu führt, kurz zusammengefaßt, etwa folgendes aus: In dem Antrag des E auf Einleitung und Durchführung des Aufgebotsverfahrens sei eine unzulässige Verfügung eines Nichtberechtigten zu erblicken. Denn als E den Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens gestellt habe, sei er nicht, bezw. nicht mehr zur Verfügung über die ihm gestohlenen Schuldverschreibungen berechtigt gewesen, da inzwischen X gutgläubig an diesen Eigentum erworben und dieses weiter auf Y übertragen habe. Diese Schuldverschreibungen, die im Eigentum des Y ständen, würden durch das im Aufgebotsverfahren ergangene Ausschlußurteil ihrer rechtlichen Kraft entkleidet. Y könne mit ihnen nicht mehr vom Aussteller Leistung verlangen. E erlange durch das Ausschlußurteil ein Forderungsrecht gegen den Aussteller der Schuldverschreibungen. Es bestehe nun eine unverkennbare Ähnlichkeit zwischen diesen eben dargestellten Vorgängen und den Verfügungen eines Nichtberechtigten. § 816, I Satz 1 BGB. gebe dem Berechtigten gegenüber dem Nichtberechtigten einen Herausgabeanspruch auf das, was dieser durch die unberechtigte Verfügung erlangt habe. Mathieu[61]) verweist dann

59) Cosack, Lehrb. II, S. 458, erklärt jetzt die Kraftloserklärung von abhanden gekommenen Inhaber-Schuldverschreibungen- an denen später ein Gutgläubiger Eigentum erworben hat, für unmöglich. Denn der Begriff des Abhandenkommens in § 799 BGB. decke sich nicht ganz mit dem des § 935 BGB. (Vgl. dagegen aber: Staudinger II, S. 1624 Anm. 2; Planck II, S. 1574 Anm. 1: Abhandenkommen ist im BGB. ein festumrissener Begriff, den es in gleicher Bedeutung in den §§ 799, 808, 935, 1006, 1007 BGB. verwendet.) Eine abhanden gekommene Schuldverschreibung, an der später ein Gutgläubiger Eigentum erworben habe, sei nicht abhanden gekommen im Sinne des § 799 BGB., da die Unmöglichkeit der Wiedererlangung auf rechtlichem Grunde beruhe. M. E. ist diese von Cosack entwickelte Ansicht abzulehnen, und nur ein mangelhafter Behelf. Allerdings würde sie im Endergebnis mit der vom Verfasser vertretenen Auffassung übereinstimmen.

60) Vgl. Mathieu, a. a. O., S. 20; Cosack, System d. bürgerl. Rechts 1900, S. 377.

61) Vgl. Mathieu, a. a. O., S. 35.

auf Crome, der einen Bereicherungsanspruch nicht nur für zulässig halte bei Verbindung, Vermischung, Verarbeitung — also bei Rechtsverlusten kraft gesetzlicher Vorschrift —, sondern auch in allen den Fällen, in denen ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfüge oder eine Leistung empfange, wodurch dem wahren Berechtigten nach den Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Verkehrs (Aufgebotsverfahrens) ein Rechtsverlust entstehe[62]). Es sei billig und gerecht, fährt Mathieu fort, wenn der Nichtberechtigte — E — das, was er auf Grund der unberechtigten Verfügung erlangt habe, dem Berechtigten — Y — herausgeben müsse.

Wir haben oben gesehen, daß auch Jacobi — im Gegensatz zu der sonst von ihm vertretenen Auffassung — demjenigen (Y), der nach dem Papierverlust des Antragstellers Eigentum an den diesem abhanden gekommenen Papieren erlangt hat, durch das von diesem — nicht mehr berechtigten — Antragsteller (E) erwirkte Ausschlußurteil mit seinen Rechten ausgeschlossen sein läßt. Wenn nämlich, so argumentiert Jacobi[63]), durch das Ausschlußurteil nicht auch das Recht des späteren Papiererwerbes, sondern nur die Legitimationskraft der Papiere beseitigt werden würde, so könnte der Aussteller der Schuldverschreibungen, wenn der Erstreiter des Ausschlußurteils unter Vorlegung desselben Leistung von ihm verlangen würde, diesem gegenüber einwenden, er sei gar nicht berechtigt, und demjenigen gegenüber, der die Papiere nach dem Papierverlust des Antragstellers erworben habe, er sei nicht legitimiert. Der spätere Papiererwerber könnte vom Erstreiter des Ausschlußurteils auch nicht die Legitimation (das Ausschlußurteil) herausverlangen, da dieser dem späteren Eigentümer entgegenhalten könnte, er sei der letzte Inhaber der Papiere gewesen, und er — der spätere Eigentümer — könne bis zum Urteil kein Recht an den Papieren erworben haben. Infolgedessen brauchte der Aussteller an keinen von beiden zu leisten. Jacobi folgt also hier der — abzulehnenden — Auffassung über die Wirkungen des Ausschlußurteils, daß es nämlich das Forderungsrecht des Berechtigten vernichte.

Jacobi lehnt es aber nun auch ab, dem geschädigten Berechtigten (Y) einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den — nichtberechtigten — Erwirker des Ausschlußurteils (E) zu geben[64]). Gegenüber dem richtig organ-

62) Vgl. Crome, a. a. O., S. 981, § 317, 1 b.
63) Vgl. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 396 ff.; vgl. a. oben, S. 39 ff.
64) Vgl. Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 398.

genen Urteil[65]) gebe es selbstverständlich keinen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung[66]). M. E. ist diese Auffassung Jacobis unhaltbar[67]), ebenso wie die von Hausmeister. Die Bestimmung, daß auch an abhanden gekommenen Schuldverschreibungen gutgläubig Eigentum erworben werden kann, würde dann praktisch sehr viel an Wert verlieren. Hausmeister[68]) arbeitet mit einer Fiktion, einem auf den beiden Pfeilern Innehabung (in gutem Glauben) und Wertpapierfunktion beruhenden fingierten Eigentum des gutgläubigen Erwerbers. An diese Fiktion, die Hausmeister annimmt, hat m. E. das Gesetz nicht gedacht. Sie ist zu gekünstelt. Hausmeister sagt nämlich, das Gesetz fingiere, daß ein gutgläubiger Erwerber beim Erwerb einer Schuldverschreibung auf den Inhaber vom Nichtberechtigten sich mit dem Eigentümer dieses Papieres dinglich geeinigt habe. Werde dieses Papier nun später aufgeboten, so erlösche durch die Kraftloserklärung dieses „fingierte Eigentum" des gutgläubigen Erwerbers. Es ist m. E. nicht einzusehen, aus welchem Grunde das Ausschlußurteil eine Rückwirkung ausüben und dadurch das fingierte Eigentum des gutgläubigen Erwerbers untergehen soll, und warum Zuflucht zu einer Fiktion genommen wird, an die das Gesetz nicht gedacht[69]) hat.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß nach der vom Verfasser vertretenen Auffassung sich durch den Erlaß eines von einem Nichtberechtigten — E — erwirkten Ausschlußurteils in den Rechtsverhältnissen der Beteiligten nichts ändert. Der einzige Rechtsnachteil, den der Berechtigte — Y — durch das von dem nicht mehr berechtigten E erwirkte Ausschlußurteil erleidet, ist, daß den in seinen Händen befindlichen Papieren durch das Ausschlußurteil die Legitimationskraft entzogen, ihm also die Verfolgung seiner Rechte erschwert ist, und andererseits E durch das Ausschlußurteil legitimiert,

65) Ist das von einem Nichtberechtigten erwirkte Ausschlußurteil denn überhaupt „richtig" ergangen? Es ist nur ergangen, da sich Y im Aufgebotsverfahren nicht gemeldet hat. Hätte er sich gemeldet, so hätte das Aufgebotsverfahren dadurch seine Erledigung gefunden, und E hätte nur noch Ansprüche gegen D geltend machen können.

66) Auch Rosentreter, a. a. O., S. 296 scheint einen Bereicherungsanspruch abzulehnen. Dem gutgläubigen Erwerber, der die Geltendmachung seiner Rechte im Aufgebotstermin versäumt habe, stehe gegebenenfalls die Anfechtungsklage zur Verfügung. Dieser Rechtsbehelf wirkt aber dann nicht, wenn die Voraussetzungen für eine Anfechtungsklage nicht gegeben sind.

67) Vgl. dazu oben, S. 39 ff.

68) Hausmeister, a. a. O., S. 32 f.

69) so auch: Jacobi, in Ehrenb. Hdb., S. 396 f. — Und wie ist es, wenn der Gutgläubige das Papier bereits weiter veräußert hat?

„berechtigt" ist, dem aus den Schuldverschreibungen Verpflichteten gegenüber die Rechte aus denselben geltend zu machen, und dieser durch Leistung an E frei wird. Nicht wird aber durch das Ausschlußurteil festgestellt, daß E Berechtigter ist, bezw. geworden ist. Y hat vielmehr seine Rechte behalten und kann von E Abtretung der Rechte aus dem Ausschlußurteil, gegebenenfalls Aushändigung der neu ausgestellten Schuldverschreibungen oder Herausgabe der auf Grund des Ausschlußurteils empfangenen Leistung verlangen.

Nach der abzulehnenden Auffassung über die Wirkungen des Ausschlußurteils wird dagegen E durch das Ausschlußurteil zum materiell Berechtigten gemacht, und Y mit seinen Rechten ausgeschlossen. M. E. erscheint es bei dieser Auffassung der Wirkungen des Ausschlußurteils immer noch billig und gerecht, dem Y gegen E einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB.) zuzubilligen und E auf seine Ansprüche gegen D zu verweisen. Diese Lösung würde wesentlich dazu beitragen, die Herbeiführung des rechtlichen und wirtschaftlichen Gleichgewichts zwischen E und Y zu erreichen [70]).

70) Vgl. Manigk, Anwendungsgeb. d. Vorschr. f. d. Rechtsgesch., S. 52.

Herrn Geheimrat Prof. Dr. jur. A. Manigk sage ich auch an dieser Stelle für die mir liebenswürdigerweise gewährte Unterstützung meinen verbindlichsten Dank.

Lebenslauf.

Am 2. Juli 1906 wurde ich als Sohn des Bergwerksdirektors Dr. phil. Karl Hilgenstock und seiner Frau Elisabeth geb. Hilgenstock in Dortmund geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule bezog ich Ostern 1916 das Städtische Gymnasium zu Dortmund, das ich Ostern 1925 mit dem Reifezeugnis verließ. Nach dem Abitur arbeitete ich zunächst eineinhalb Jahre praktisch bei der Direktion der Disconto-Gesellschaft, Filiale Dortmund, und studierte dann an den Universitäten Bonn, Münster und Marburg Rechtswissenschaft. Am 10. Juli 1930 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung und am 3. August 1931 die mündliche Doktorprüfung. Z. Zt. bin ich als Referendar beim Landgericht Dortmund beschäftigt.